

MINEC

Revisión regulatoria del sector energético y
ordenamiento institucional en el mercado de
combustibles

ATN/OC-10897-ES

Informe II – Mapa institucional futuro y
lineamientos de implementación

Mayo 2009

Agustín Giménez
Consultor
Tel: +54 11 48113621
Fax: +54 11 48113621
agustin.g.mathus@gmail.com

Versión revisada

INDICE

1.	Introducción	1-1
2.	Mapa institucional actual	1
2.1	Análisis de las funciones e instituciones sectoriales	1
2.2	Aspectos clave, competencias e instituciones intra y extra sector	9
2.3	Vacíos, zonas grises, superposiciones y conflictos	24
2.4	Evaluación del diseño institucional por subsectores	27
3.	Mapa institucional futuro	33
3.1	Mejora de la claridad institucional	34
3.2	Mayor autonomía de los entes reguladores	35
3.3	Avances en la consistencia del marco institucional sectorial	36
4.	Recomendaciones y lineamientos de acción	38
4.1	Diseño institucional futuro	38
4.2	Diseño regulatorio futuro	43

1. INTRODUCCIÓN

El presente documento tiene por objeto presentar el Informe de Mapa Institucional Futuro y Lineamientos de Implementación, en versión preliminar, correspondiente al segundo informe del proyecto “Asesoría legal en revisión regulatoria del sector energético y en ordenamiento institucional, delimitando facultades y competencias en el sector energético y en el mercado de combustibles”, para el Ministerio de Economía de El Salvador, bajo la identificación ATN/OC-10897-ES.

El proyecto tiene por objetivo realizar una revisión integrada del marco legal e institucional del mercado de combustibles del país, proveyendo un análisis de conjunto de las implicancias y efectos que la aprobación de los distintos proyectos de ley tendrían sobre la regulación y desarrollo del sector, en particular, sobre los objetivos, funciones y competencias de las organizaciones encargadas de su ordenamiento y regulación, identificando temas y problemas clave, opciones para su tratamiento conjunto y lineamientos de acción para su implementación más efectiva y consistente. El proyecto se enmarca en el Programa “Plan de Acción para el Desarrollo de la Estrategia de Biocombustibles”, por el que se busca elaborar una serie de estudios solicitados por el Gobierno de El Salvador para facilitar su toma de decisiones respecto a la definición y puesta en marcha del Programa Nacional de Biocombustibles.

El Informe de *Mapa Institucional Futuro y Lineamientos de Implementación* que aquí se presenta comprende: (1) Un mapa institucional de todas las agencias y organismos de Gobierno creados o a crearse y un análisis matricial de sus objetivos, funciones, atribuciones y competencias, con especial atención en la identificación de superposiciones, vacíos, zonas grises y posibles áreas de conflicto. (2) Una evaluación de los posibles impactos e implicancias en los objetivos, funciones y competencias de las distintas agencias y organismos de Gobierno involucradas en el ordenamiento, regulación y supervisión del sector energético. (3) Recomendaciones, opciones y lineamientos de acción para una implementación más efectiva y consistente de las iniciativas legislativas bajo análisis y los objetivos de política reflejados en ellas.

En el capítulo 2 se desarrolla el mapa institucional actual del sector energético de El Salvador que permite una identificación clara de las distintas funciones asignadas por las normas legales vigentes a los actores institucionales clave, tanto sectoriales como extrasectoriales, y que sirve de base a un análisis de vacíos, zonas grises, superposiciones y eventuales conflictos en las funciones y competencias asignadas. Para ello se presenta, en primer lugar, un análisis matricial de instituciones y funciones dentro del sector, lo que conformaría una primera descripción del mapa institucional intra-sector. En segundo lugar, se desarrolla una segunda matriz, en la cual se combinan las áreas clave de la política y regulación del sector y las funciones asignadas a los distintos actores institucionales, ya sean sectoriales o extrasectoriales. Por último, sobre la base de estos análisis matriciales se presentan los vacíos, zonas grises, superposiciones y potenciales conflictos identificados en las funciones y competencias asignadas a las instituciones. A lo que se suma una evaluación institucional por subsector de acuerdo a tres criterios básicos, luego utilizados como base para la evaluación de los impactos de los anteproyectos de ley en el capítulo siguiente y la estructuración de las

1. Introducción

recomendaciones en el capítulo final. Estos criterios básicos desarrollados en la sección 2.4 son los siguientes: (1) Claridad en la asignación de roles y objetivos del marco legal en los actores institucionales clave; (2) Autonomía de los reguladores respecto de la intervención política; y (3) Consistencia con el marco institucional del sector en su conjunto.

En el capítulo 3 se analizan los tres anteproyectos de ley que el Poder Ejecutivo tuvo en proceso de elaboración recientemente, el primero destinado a sustituir la Ley Reguladora, el segundo a sustituir la Ley de Hidrocarburos y el tercero a establecer un proyecto de marco legal para la industria del etanol. Si bien estos anteproyectos ya fueron analizados en el Informe I de este estudio, ahora se vuelve sobre ellos bajo la perspectiva de sus impactos positivos o negativos que su eventual aprobación legislativa tendría sobre el mapa institucional del sector. Para ello se presenta una evaluación institucional siguiendo la misma matriz y criterios de análisis utilizados en la evaluación por sector de los marcos legales vigentes realizada en el capítulo anterior.

Por último, sobre la base de los análisis matriciales realizados en los capítulos anteriores de este informe, tanto respecto del mapa institucional intra y extra-sector y la evaluación institucional por subsectores y el impacto en la regulación de los mismos por los anteproyectos de ley analizados, en este último capítulo se busca trazar un conjunto de lineamientos del diseño institucional y regulatorio futuro del sector, que orienten la tarea y proporcionen elementos metodológicos y recomendaciones para la elaboración e implementación de las reformas legislativas y marcos regulatorios a desarrollarse.

2. MAPA INSTITUCIONAL ACTUAL

En este capítulo se desarrolla un mapa institucional actual del sector energético de El Salvador que permita una identificación clara de las distintas funciones asignadas por las normas vigentes a los actores institucionales clave, tanto sectoriales como extrasectoriales, y que sirva de base a un análisis de vacíos, zonas grises, superposiciones y eventuales conflictos en las funciones y competencias asignadas.

Para ello se presenta, en primer lugar, un análisis matricial de instituciones y funciones dentro del sector, lo que conformaría una primera descripción del mapa institucional intra-sector. En segundo lugar, se desarrolla una segunda matriz, en la cual se combinan las áreas clave de la política y regulación del sector y las funciones asignadas a los distintos actores institucionales, ya sean sectoriales o extrasectoriales. Por último, sobre la base de estos análisis matriciales se presentan los vacíos, zonas grises, superposiciones y potenciales conflictos identificados en las funciones y competencias asignadas a las instituciones. A lo que se suma una evaluación institucional por subsector de acuerdo a tres criterios básicos, luego utilizados como base para la evaluación de los impactos de los anteproyectos de ley en el capítulo siguiente y la estructuración de las recomendaciones en el capítulo final. Estos criterios básicos desarrollados en la sección 2.4 son los siguientes: (1) Claridad en la asignación de roles y objetivos del marco legal en las actores institucionales clave; (2) Autonomía de los reguladores respecto de la intervención política; y (3) Consistencia con el marco institucional del sector en su conjunto.

Estas ‘luces rojas’ o señales de alarma nos permitirán luego analizar, en el capítulo siguiente, en qué medida los distintos proyectos de leyes sectoriales recientemente considerados en el país, contribuyen a solucionar dichos problemas, mejorando o no la calidad del diseño institucional y, en definitiva, la claridad y efectividad del marco institucional sectorial.

2.1 ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES E INSTITUCIONES SECTORIALES

Esta primera sección se orienta a trazar un mapa institucional intra-sector, concentrándose en un análisis de las funciones y atribuciones específicas asignadas a las instituciones sectoriales clave. Las instituciones extrasectoriales con funciones o incumbencias en el sector energía serán tratadas en la sección siguiente de este informe. Dichas instituciones son seis:

- El Consejo Nacional de Energía (CNE), de reciente creación y en proceso de puesta en marcha.
- La Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), agencia reguladora del sector eléctrico.
- La Dirección de Hidrocarburos y Minas (DHyM), la que si bien es una dependencia del Ministerio de Economía, las leyes sectoriales le otorgan funciones específicas directas, mereciendo un tratamiento separado.

- El Ministerio de Economía (MINEC), el que si bien es una organización que excede el marco sectorial, es un actor clave tanto en funciones políticas como regulatorias de los distintos subsectores que componen el sector energético.
- La Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), comprendiendo tanto la institución autónoma a cargo de la explotación de las centrales hidroeléctricas, como sus empresas controladas en generación geotérmica (la Geo), generación térmica convencional (INE) y transmisión de energía eléctrica (ETESAL). Como se verá, las funciones de CEL exceden las estrictamente empresarias.
- El Fondo Nacional de Electricidad y Telecomunicaciones (FINET), en su rol de administrador de subsidios al acceso y consumo de energía eléctrica.

Un comentario adicional merece la Dirección de Energía Eléctrica (DEE), dependencia del MINEC creada en 2001 para desarrollar funciones de política en el sector eléctrico, que no ha sido considerada en la matriz de análisis por preverse su sustitución por el CNE cuando éste sea puesto en marcha.

Por otra parte, se han tomado tres funciones críticas, descompuestas a su vez en atribuciones específicas, que permiten determinar con precisión cómo han sido asignadas por las leyes vigentes a estas seis instituciones mencionadas. Estas funciones y atribuciones son las siguientes:

- Función política, que comprende las atribuciones de i) formulación de políticas y estrategias; ii) análisis y desarrollo de instrumentos (típicamente estudios, informes técnicos, proyectos de marcos regulatorios); iii) consenso, coordinación y seguimiento de iniciativas legislativas, políticas y programas; iv) gestión, implementación y manejo y divulgación de información, comprendiendo la implementación de proyectos y programas específicos, como así también el tratamiento estadístico de datos, almacenamiento y difusión de información técnica sectorial.
- Función regulatoria, la que comprende las siguientes atribuciones específicas: i) normativa y tarifaria (es decir elaboración y aprobación de normas de aplicación general y tarifas o precios máximos); ii) aplicación, control y monitoreo de marcos normativos, supervisión y fiscalización del cumplimiento de normas; iii) sancionatoria (investigación, instrucción del proceso sancionador y determinación y aplicación de sanciones administrativas); iv) resolución de conflictos en sede administrativa (entre agentes del mercado, agentes con usuarios o consumidores y terceros interesados; y, v) autorizaciones para operar (tramitación y evaluación de licencias, concesiones y permisos para el desarrollo de las actividades empresarias y certificaciones).
- Función empresaria, es decir, la función comercial e industrial propia del agente económico, ya sea de propiedad o bajo control estatal o privado, que se desarrolla en las diferentes fases de los sectores e industrias involucrados: generación o producción, importación y exportación, transporte, distribución y comercialización mayorista y minorista de productos energéticos.

Del análisis matricial de las mencionadas seis instituciones sectoriales clave y las arriba descritas funciones y atribuciones específicas, surge el análisis que se sintetiza en el cuadro siguiente.

Tabla 1. Funciones, atribuciones y rol de las instituciones sectoriales

		CNE	SIGET	DHyM	MINEC	CEL	FINET
Función política	Formulación de políticas y estrategias	Sí	No	No	Sí (para hidrocarburos upstream. También electrificación y eficiencia energética) ●	Sí (para hidrocarburos upstream. Residual en el sector eléctrico) ●	No
	Análisis y desarrollo de instrumentos	Sí	No	No	Analiza propuesta de CEL para hidrocarburos upstream ●	Sí (para hidrocarburos upstream. Residual en el sector eléctrico) ●	No
	Consenso, coordinación y seguimiento	Sí	No	No	Si (para hidrocarburos upstream) ●	Sí (para hidrocarburos upstream) ●	No
	Gestión, implementación, información	Limitada. Sólo gestión y divulgación de información	No	No	No	Sí (para hidrocarburos upstream) ●	Sí.
Función regulatoria	Normativa y tarifaria	No.	Sí (subsector eléctrico)	Sí (en hidrocarburos downstream y gas natural)	Sí (en hidrocarburos upstream y downstream y gas natural)	Sí (para hidrocarburos upstream) ●	No
	Aplicación, control y monitoreo	No.	Sí (subsector eléctrico)	Sí (en hidrocarburos downstream y gas natural)	No	Sí (para hidrocarburos upstream) ●	No
	Sancionatoria	No	Sí (subsector eléctrico)	Sí (en hidrocarburos downstream y gas natural)	Sí (en hidrocarburos upstream y downstream y gas natural)	Sí (para hidrocarburos upstream) ●	No
	Resolución de conflictos	No.	Sí (subsector eléctrico)	No	No	No	No
	Autorizaciones	No.	Sí	Sí (en	Sí (en	Sí (en	No

		CNE	SIGET	DHyM	MINEC	CEL	FINET
	para operar		(subsector eléctrico)	hidrocarburos downstream y gas natural)	hidrocarburos upstream, downstream y gas natural)	hidrocarburos upstream) ●	
Función empresaria		No	No	No	No	Sí	No

2.1.1 CNE como Autoridad Política Sectorial

Como puede observarse, el CNE se presenta como la Autoridad Política Sectorial, desarrollando exclusivamente funciones y atribuciones de política energética para todos los sub-sectores analizados (electricidad, hidrocarburos upstream y downstream, gas natural y biocombustibles) y respecto de todas sus fuentes y tecnologías presentes o no actualmente en el país (hidroelectricidad, geotermia, combustibles fósiles convencionales, carbón, etc).

Su misión es la formulación y coordinación de la implementación de la política energética del país y sus atribuciones comprenden tanto la formulación de políticas y estrategias como el análisis y desarrollo de instrumentos y el consenso, coordinación y seguimiento de iniciativas legislativas, políticas y programas¹. Con respecto a la gestión e implementación, sus funciones se limitan a la coordinación de tareas que realizarán otros organismos, típicamente ministerios y organismos que están representados en su Junta Directiva. Por último, también desarrolla atribuciones de manejo y divulgación de información, como el tratamiento estadístico de datos, almacenamiento y difusión de información técnica sectorial, aunque no lo hace en forma exclusiva, sino que dichas funciones son compartidas con otros actores institucionales.

Establece la ley de creación del CNE en su artículo 1 que el “Consejo será la autoridad superior, rectora y normativa en materia de política energética”. De la enumeración de sus objetivos y atribuciones establecidos en sus artículos 3 y 4 extraemos los siguientes elementos constitutivos de sus funciones básicas:

- Elaborar la política energética del país (arts. 3a y 4a) y establecer estrategias para la satisfacción de la demanda del suministro de energía en las diversas regiones y sectores sociales (art. 4 i)
- Elaborar los planes indicativos del sector (ídem)
- Elaborar la política de subsidios del sector y proponerla al Consejo de Ministros para su aprobación (art. 4d)

¹ Para un análisis más detallado de las atribuciones del CNE puede verse el informe “Organización, funciones y puesta en marcha del CNE”, de febrero de 2008.

- Elaborar el Balance Energético Nacional (art. 4e) y requerir a las instituciones y entidades que desarrollan actividades en el sector información pertinente para el desarrollo de sus actividades (art. 4 h).
- Promover la aprobación de leyes y reglamentos del sector energético en coordinación con las autoridades competentes (art. 4c), así como apoyar la suscripción de convenios y acuerdos internacionales vinculados al sector (art. 4 f)
- Dar seguimiento a las políticas y estrategias energéticas y monitorear que los planes de las instituciones del sector cumplan con las mismas (art 4b)

Del análisis de estas funciones básicas en las atribuciones específicas presentadas en la matriz, puede verse que el CNE es concebido por la ley como una entidad que participa en todas las fases del ciclo de política, excepto el de implementación, que recae en otras entidades y actores institucionales. En este sentido, las tareas del CNE van desde la fase de identificación de problemas y establecimiento de la agenda sectorial, el análisis y desarrollo de instrumentos (diagnósticos, estrategias, planes, normas), el apoyo y promoción de las iniciativas resultantes tanto en los procesos consultivos sectoriales como en la interacción con los otros órganos del Estado y la sociedad en su conjunto (promoción de leyes, reglamentos y acuerdos internacionales), a la toma de decisiones (elabora y adopta la política energética nacional) y la coordinación de su implementación (es la autoridad rectora que da seguimiento a la política adoptada y monitorea la consistencia de los planes de las instituciones del sector con las mismas).

2.1.2 SIGET como autoridad regulatoria del subsector eléctrico

Por su parte, la SIGET cumple con las funciones típicamente regulatorias, aunque limitadas al sub-sector eléctrico. Como puede observarse en la tabla, se constata claridad en el diseño institucional en cuanto a la separación de funciones, excluyéndose las funciones de política o empresarias del ámbito de competencias de la Autoridad Regulatoria. Las funciones regulatorias asignadas por los marcos legales vigentes a SIGET respecto del subsector eléctrico comprenden las cinco atribuciones específicas identificadas en la matriz, esto es: i) normativa y tarifaria (abarcando tanto la elaboración y aprobación de normativas técnicas como la determinación y aprobación de tarifas); ii) aplicación, control y monitoreo (es decir, sus funciones no se limitan a elaborar y aprobar normas y tarifas, sino también a controlar y supervisar su aplicación por los agentes) ; iii) sancionatoria (tanto en su fase de investigación e instrucción, como en la de determinación y aplicación); iv) resolución de conflictos en sede administrativa (entre agentes del mercado y entre prestadores del servicio y usuarios); y, v) autorizaciones para operar (por medio del registro de operadores que gestiona).

2.1.3 Funciones regulatorias de la DHyM

En el caso de la DHyM, el análisis la muestra como una autoridad regulatoria de los subsectores de hidrocarburos downstream y gas natural, es decir, es la institución con atribuciones propias de la función regulatoria para las actividades de depósito, transporte y distribución de productos de petróleo, establecidos en la llamada “Ley Reguladora”, Decreto

Legislativo 169-70 y sus reformas, así como las actividades de recepción, almacenaje, regasificado, transporte, distribución y comercialización del gas natural, normados en la llamada Ley del Gas Natural, Decreto Legislativo 630-2008.

Las funciones regulatorias asignadas por dichos marcos legales a la DHyM comprenden cuatro de las cinco atribuciones específicas identificadas en la matriz, esto es: i) normativa y tarifaria (que comparte con MINEC distribuyéndose las funciones de elaboración y propuesta por un lado y aprobación en una instancia superior por otro); ii) aplicación, control y monitoreo (concentradas en la DHyM); iii) sancionatoria (compartida con el MINEC, desdoblado las fases de instrucción y recomendación por una parte y aplicación de la sanción en la autoridad superior del Ministro); y, iv) autorizaciones para operar (también distribuida entre DHyM y MINEC).

No tiene atribuciones de resolución de conflictos en sede administrativa, posiblemente por ser ésta una atribución más propia de instituciones descentralizadas o autónomas del Estado, que muy rara vez se encuentran en órganos propios de la Administración Central, como es el caso de la DHyM, que a sus fines organizacionales es una dirección del Ministerio de Economía.

2.1.4 Funciones combinadas y superpuestas en el MINEC

En la cuarta columna de la tabla, el MINEC muestra distintas funciones políticas y regulatorias en todos los subsectores bajo análisis. Las principales fuentes de confusión de funciones y falta de consistencia con el marco sectorial general están marcadas con un círculo rojo en la tabla y se alojan mayormente en el subsector hidrocarburos upstream y en mucho menor medida en el subsector eléctrico. En efecto, la llamada Ley de Hidrocarburos² asigna las funciones de política del subsector de exploración y explotación de hidrocarburos al MINEC combinadas con funciones regulatorias, lo cual resulta inconsistente con las atribuciones establecidas a favor del CNE en su ley de creación, como así también con el marco institucional general del sector energético, que busca separar las funciones políticas de las regulatorias. Como se explica en el Informe I de este mismo estudio (especialmente en la sección 3.4.2), la Ley de Hidrocarburos asigna funciones de política hidrocarburífera el Poder Ejecutivo, el MINEC y la CEL, así como también distribuye las funciones regulatorias entre el MINEC y la CEL.

Típicas funciones políticas atribuidas por la Ley de Hidrocarburos al MINEC son las de aprobar los proyectos de planes y programas de desarrollo del sector de hidrocarburos que le proponga CEL (art. 11 a). Por su parte, ejemplos de clásica función regulatoria asignada por dicha Ley al MINEC son la de fijar los precios de los derivados del petróleo y gas, destinado para el consumo interno e industrialización (art. 10 c), así como aprobar los contratos de operación, y autorizar a C.E.L. la forma de realizar las actividades del transporte de hidrocarburos por ductos (art. 10 a y b).

² Decreto Ley 626-1981, cuyo objeto es regular el fomento, desarrollo y control de la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos, desarrollada en extenso en el Informe I de este mismo estudio.

Los problemas aquí son, en primer lugar, la inconsistencia entre las atribuciones de política atribuidas al MINEC y las potestades asignadas recientemente en su ley de creación al CNE, que comprende la elaboración y aprobación de la política energética del país en su conjunto, incluyendo lógicamente al subsector hidrocarburos. Aunque esta observación pueda resultar algo teórica (al no tener la Ley de Hidrocarburos aplicación práctica desde su entrada en vigencia), debería considerarse al art. 11 a) como tácitamente derogado por la ley de creación del CNE³.

En segundo lugar, se señala la mezcla de funciones políticas con funciones regulatorias, que tanto las mejores prácticas internacionales en la materia como la evolución del propio marco institucional sectorial en el país han buscado evitar. Como se verá en la sección siguiente, esta confusión indeseada de funciones se agrava con las atribuciones otorgadas a favor de CEL en este subsector.

Con respecto al subsector eléctrico, la observación se limita a que el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo aún atribuye al MINEC funciones de política sectorial en materia de promoción de la electrificación del país y planificación del aprovechamiento eficiente de la energía eléctrica en la industria, el comercio y el transporte (art. 37). Sin embargo, estas funciones que el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo le asigna al MINEC deberían considerarse hoy como parte de las atribuciones del CNE. El MINEC sólo debería conservar en este sentido alguna función en materia de implementación de políticas y programas elaborados por el CNE en las materias señaladas.

2.1.5 Funciones empresarias, políticas y regulatorias en CEL

La principal fuente de problemas detectados por la matriz que se presenta en la Tabla 1 es la combinación de funciones empresarias, políticas y regulatorias atribuidas por la Ley de Hidrocarburos a CEL, a lo que se suma ciertas potestades políticas residuales otorgadas por la Ley de creación de CEL en el subsector eléctrico.

En efecto, la Ley de Hidrocarburos asigna a CEL – que es una entidad empresarial del Estado – funciones políticas en cada una de sus cuatro atribuciones específicas que distingue la matriz propuesta en este estudio, esto es: i) formulación de políticas y estrategias (asignadas a CEL, por ejemplo, en el art. 11 a y b) ; ii) análisis y desarrollo de instrumentos (art. 11 k y l); iii) consenso, coordinación y seguimiento de iniciativas legislativas, políticas y programas (art. 11 f y k); iv) gestión, implementación y manejo y divulgación de información (art. 11 a, entre otros).

Adicionalmente, la misma Ley de Hidrocarburos otorga a CEL funciones regulatorias en cuatro de las cinco atribuciones específicas identificadas en la matriz de la Tabla 1, esto es: i)

³ La derogación tácita se da cuando una ley posterior establece una regla que modifica o contradice sin hacer una referencia expresa a una ley anterior. Sin embargo, esto estará siempre sujeto a interpretación legal por los tribunales del país y no sería de por sí una base legal suficiente para tomar decisiones. La derogación expresa será siempre más deseable.

normativa y tarifaria (art. 11 j y k); ii) aplicación, control y monitoreo (art. 11 c y h); iii) sancionatoria (para los incumplimientos contractuales de los contratos de operación); y, iv) autorizaciones para operar (al ser la autoridad competente para elaborar los contratos de operación y celebrarlos, art. 11 c y e).

A todas estas funciones políticas y regulatorias se unen las funciones empresarias, asignadas en el art. 11 d, g, i y fundamentalmente en el art. 4, en donde se expresa que la exploración y explotación de los yacimientos de hidrocarburos, corresponderá exclusivamente a la CEL, la que podrá realizar las actividades mencionadas por sí o mediante contratos de operación o de prestación de servicios.

En este sentido, la Ley de Hidrocarburos resulta inconsistente con dos lineamientos básicos del marco institucional y regulatorio sectorial. Estos son: 1) separación de las funciones política, regulatoria y empresaria del Estado por un lado, y 2) apertura (en condiciones más o menos reguladas) a la participación de múltiples agentes sin derechos de exclusividad en los distintos mercados energéticos.

Por último, la ley CEL conserva al menos una disposición propia de una función política al disponer que es atribución de la CEL “formular y proponer la emisión de nueva legislación o reformas a la vigente aplicable a sus actividades” (art. 5 b).

En este sentido, la decisión de fortalecer a la CEL dentro del marco institucional del sector implica reforzar sus capacidades tanto de gestión empresaria como de implementador de las políticas que establezca la Autoridad Política. Por el contrario, la asignación de funciones políticas o regulatorias a CEL no contribuiría a su fortalecimiento, incentivando a la superposición, conflicto y concurrencia de competencias con otros actores y distrayendo sus esfuerzos y recursos.

2.1.6 Atribuciones específicas de gestión e implementación de políticas en FINET

FINET y su ley de creación no presentan problemas de diseño institucional, resultando plenamente consistente con el marco regulatorio e institucional general del sector energético. Sus funciones específicas son de implementación y gestión de una determinada área de política referida a la administración de subsidios, tanto para favorecer el acceso de zonas desfavorecidas como así también el consumo de los segmentos más necesitados de los usuarios del sistema. Si bien puede haber una zona gris entre la formulación de las políticas en materia de subsidios (que tiene un tratamiento especial en la ley de creación de CNE), la elaboración de programas específicos de electrificación o subsidios al consumo y su implementación y gestión, lo cierto es que esto es una materia que entra necesariamente dentro del ámbito de la discrecionalidad de cada gestión política y no es de buena práctica que se trace con mayor grado de detalle en los marcos legales.

2.2 ASPECTOS CLAVE, COMPETENCIAS E INSTITUCIONES INTRA Y EXTRA SECTOR

Realizada en la sección anterior un análisis matricial de las funciones y atribuciones propias de los actores institucionales del sector, ahora se desarrollará un análisis complementario de las competencias de las distintas instituciones – sectoriales y extrasectoriales – en los aspectos clave de la industria energética. Estos aspectos clave combinan un listado de los subsectores que conforman el sector energía con otros aspectos críticos de la política y regulación sectorial que atraviesan más de un subsector, como es el caso de las energías renovables, la eficiencia energética, la electrificación rural y los subsidios.

Dada la cantidad de variables e instituciones en juego para ser analizadas, se presentará este análisis en dos subsecciones, resumidas cada una en una matriz (tablas 2 y 3). La primera se dedicará a las instituciones sectoriales y la segunda a las instituciones extrasectoriales.

2.2.1 Los aspectos clave en las instituciones sectoriales

En la Tabla 2 se limita el análisis a las instituciones del sector, con lo cual se vuelve sobre el análisis realizado en la matriz anterior, pero refinando y profundizando el análisis al descomponerlo por aspectos clave y no por funciones y atribuciones específicas. Esto permitirá además introducir la matriz subsiguiente (Tabla 3), en donde aparecen por primera vez las instituciones extrasectoriales y el más difícil y abstracto problema de precisar el entrecruzamiento de sus competencias con las instituciones sectoriales y sus interacciones con la política y regulación del sector energético. La lectura y explicación de la tabla se presenta por aspecto clave, enfatizando el análisis de los temas o aspectos que no fueron capturados en el análisis matricial de la sección anterior.

Tabla 2. Aspectos clave en las instituciones del sector

	CNE	SIGET	DHyM	MINEC	CEL	FINET
Energías renovables	Formula política y coordina su implementación	Aplica política en aspectos regulatorios (subsector eléctrico)	No tiene competencias	No tiene competencias	Aplica política desarrollando proyectos de inversión	No explícitamente – coopera aplicando políticas a programas de subsidios
Eficiencia energética	Formula política y coordina su implementación	Aplica política en aspectos regulatorios (subsector eléctrico)	Aplica política en aspectos regulatorios (subsector hidrocarburos y gas natural)	Formulación e implementación de políticas – Normas comerciales y etiquetado	Aplica política si se lo requiere como agente estatal	No explícitamente – coopera aplicando políticas a programas de subsidios

	CNE	SIGET	DHyM	MINEC	CEL	FINET
Electrificación rural	Formula política y coordina su implementación	Aplica política en aspectos regulatorios (subsector eléctrico)	No tiene competencias	Formulación e implementación de políticas	Aplica política si se lo requiere como agente estatal	Aplica políticas – gestiona programas y administra subsidios
Subsidios	Formula política y coordina su implementación	Aplica política en aspectos regulatorios (subsector eléctrico)	Controla aplicación subsidio GLP	Determina subsidio GLP para consumo doméstico	Aplica política si se lo requiere como agente estatal	Aplica políticas – gestiona programas y administra subsidios
Mercado eléctrico	Formula política y coordina su implementación	Concentra todas las funciones regulatorias	No tiene competencias	No tiene competencias	Función empresaria	No tiene competencias
Gas natural	Formula política y coordina su implementación	No tiene competencias – coordinación regulatoria futura con el mercado eléctrico	Comparte funciones regulatorias con el MINEC	Comparte funciones regulatorias con la DHyM	No tiene competencias	No tiene competencias
Hidrocarburos upstream	Formula política y coordina su implementación	No tiene competencias	No tiene competencias	Funciones políticas y regulatorias	Funciones políticas, regulatorias y empresarias	No tiene competencias
Hidrocarburos downstream	Formula política y coordina su implementación	No tiene competencias	Comparte funciones regulatorias con el MINEC	Comparte funciones regulatorias con la DHyM	No tiene competencias	No tiene competencias
Biocombustibles	Formula política y coordina su implementación	No tiene competencias	No tiene competencias	No tiene competencias	No tiene competencias	No tiene competencias

A. *ENERGÍAS RENOVABLES*

Bajo energías renovables se incluyen aquí las llamadas energías limpias, en donde se ubican la energía hidráulica, geotérmica, eólica y solar. Los biocombustibles, si bien son de fuente renovable, se tratan por separado.

Más que un subsector en particular, se trata de un conjunto de recursos y tecnologías presentes en el mercado de generación de energía eléctrica, típicamente objetivo de políticas y programas públicos de promoción estatal. En el caso de El Salvador, resulta claro que la autoridad competente para formular estas políticas y coordinar su implementación es el CNE en vías de ser puesto en marcha. Por su parte, la SIGET, como autoridad regulatoria del

subsector eléctrico, cumple funciones de aplicación de las políticas fijadas por el CNE y se desenvuelve como la entidad encargada de instrumentar los aspectos regulatorios y normativos necesarios para llevar a la práctica ciertas políticas y programas de promoción de las energías renovables en el mercado eléctrico. Por otra parte, la CEL, como empresa de propiedad estatal, tiene el mandato legal de desarrollar los recursos y fuentes energéticas del país (particularmente los de fuente hidráulica y geotérmica), y en cuanto tal actúa aplicando las políticas que se establezcan en su función empresaria. Por ello, su rol es empresario y de instrumentador de políticas. Por último, si bien FINET no tiene competencias explícitas en materia de energías renovables, sí es competente para aplicar, en los programas de subsidios a la electrificación o al consumo que gestione, los objetivos y lineamientos que surjan de las políticas y programas de promoción de energías renovables (por ejemplo, electrificación de zonas rurales aisladas por medio de fuentes renovables).

B. EFICIENCIA ENERGÉTICA

Bajo eficiencia energética se incluyen un conjunto de políticas y programas públicos orientados a optimizar la relación entre la cantidad de energía consumida y los productos y servicios finales obtenidos, a través de la implementación de diversas medidas e inversiones a nivel tecnológico, de gestión y de hábitos culturales en la comunidad. Se trata de un área que atraviesa los distintos subsectores y típicamente requiere de la cooperación de múltiples actores públicos y privados, sectoriales y extrasectoriales. Comprende programas tan diversos como los de gestión de demanda eléctrica, sustitución de tecnologías de iluminación, normas edilicias, eficiencia en el transporte público y los procesos industriales, etc.

A partir de la creación del CNE, resulta claro que es este Consejo la autoridad para la formulación de las políticas de eficiencia energética y la coordinación de su implementación. De manera similar al caso de las energías renovables, la SIGET, como autoridad regulatoria del subsector eléctrico, cumple funciones de aplicación de las políticas fijadas por el CNE y debe desenvolverse como entidad encargada de instrumentar los aspectos regulatorios y normativos necesarios para llevar a la práctica ciertas políticas y programas de promoción de la eficiencia energética en el mercado eléctrico, como es el caso de los programas de gestión de demanda, sustitución de bombillas o normas técnicas que deberán aplicar los prestadores. El MINEC es algo más complicado, ya que por un lado conserva por el Reglamento del Órgano Ejecutivo facultades expresas en materia de formulación y ejecución de políticas de eficiencia energética (ver art. 37), y por el otro también tiene un rol como autoridad extrasectorial en materia de normas técnicas del tráfico comercial con incidencia en el etiquetado y estándares de calidad de productos de origen extranjero o de producción nacional. Con lo cual, aún cuando todas las funciones políticas en materia de eficiencia se asignen al CNE, igual el MINEC mantendría atribuciones en aspectos de gestión e instrumentación de programas (caso del etiquetado de electrodomésticos por ejemplo). La CEL no tiene un mandato legal expreso en la materia, pero debería cooperar y actuar aplicando las políticas que se establezcan en su función empresaria. Por último, si bien FINET no tiene competencias explícitas en materia de eficiencia energética, sí es competente para aplicar, en los programas de subsidios a la electrificación o al consumo que gestione, los objetivos y lineamientos que surjan de las políticas y programas de eficiencia energética (por ejemplo, en la selección de las

tecnologías utilizadas en la electrificación de zonas rurales aisladas o en la aplicación de los subsidios al consumo, de manera similar a lo que ocurre con las energías renovables).

En el documento de Política Energética desarrollado por el MINEC se concluye con razón que: “La infraestructura organizacional para la implementación de los programas de eficiencia energética es aún débil en nuestro país, por lo que el desarrollo de tal capacidad es un componente crítico de estos esfuerzos”. En tal sentido, queda aún pendiente por resolver los mecanismos institucionales necesarios para articular la implementación de los programas de eficiencia energética (los que normalmente involucrarán múltiples actores institucionales, agentes y organizaciones no gubernamentales).

C. ELECTRIFICACIÓN RURAL

Bajo electrificación rural se incluyen todas las políticas y programas públicos destinados a dar acceso al servicio eléctrico a poblaciones rurales, áreas remotas o zonas geográficas desfavorecidas, y comprende tanto la ampliación del servicio por extensión de la red como el abastecimiento por medio de sistemas aislados (off the grid). Los principales elementos de la política del país en materia de electrificación rural están ya establecidos en los marcos legales sectoriales y se reflejan en un marco institucional en donde: i) un ente centraliza las funciones de formulación de políticas y coordinación de su implementación (CNE); ii) la gestión de los programas de subsidios se encomienda a una entidad fiduciaria separada (FINET); iii) el Estado se concentra en las funciones de política y gestión de programas de subsidios y busca construir alianzas con los agentes privados para las funciones de desarrollo de infraestructura y para su operación y mantenimiento sustentable.

En este contexto, y de manera similar al caso de las energías renovables y la eficiencia energética, la SIGET cumple funciones de aplicación de las políticas fijadas por el CNE y debe desenvolverse como instrumentador de aspectos regulatorios y normativos necesarios para llevar a la práctica los programas de electrificación rural, como es el caso de normas constructivas especiales, o el diseño de las tarifas. Nuevamente, el rol del MINEC es algo más complejo, ya que conserva por el Reglamento del Órgano Ejecutivo facultades expresas en materia de electrificación, aunque podría considerársela como residual y tácitamente derogada por la ley de creación del CNE. Por último, la CEL conserva un rol expreso en su ley de creación por el cual es su función “adquirir y disponer de los energéticos para proveer a las poblaciones y zonas rurales” (art. 5 g). No está del todo claro cómo se traduce esta función en el marco regulatorio e institucional hoy vigente, aunque cabe interpretar que CEL debería cooperar y actuar aplicando las políticas que se establezcan en su función empresarial.

D. SUBSIDIOS

Los subsidios es un área amplia dentro del sector energía y comprende todas las prestaciones públicas de carácter económico que el Estado aplica a productos y servicios energéticos, incluyendo los subsidios al acceso y consumo del servicio eléctrico, y los subsidios a los combustibles, tanto al consumo residencial como al transporte público.

La Ley de creación del CNE otorga un tratamiento especial al tema de los subsidios, estableciendo que es función del Consejo “elaborar la política del sistema de subsidios del sector energético y proponerla para su aprobación al Consejo de Ministros” (art. 4 d). Es decir que, a diferencia de las demás áreas que conforman la política energética del país, la aprobación no es asignada al CNE directamente, sino que debe someterse a la aprobación del Consejo de Ministros. Se interpreta adicionalmente que respecto de este sistema de subsidios del sector las funciones del CNE atraviesan todas las fases del ciclo de política, es decir, es la entidad encargada desde la fase de identificación de problemas y establecimiento de la agenda, el análisis y desarrollo de instrumentos (diagnósticos, estrategias, programas), el apoyo y promoción de las iniciativas resultantes tanto en los procesos consultivos sectoriales como en la interacción con los otros órganos del Estado y la sociedad en su conjunto, hasta la coordinación de su implementación (es la autoridad rectora que da seguimiento a la política adoptada y monitorea la consistencia de las acciones de las demás instituciones involucradas con las mismas).

Por su parte, dentro de las instituciones sectoriales, FINET es la entidad encargada de gestionar los subsidios eléctricos al acceso y consumo de acuerdo a las políticas elaboradas por el CNE y aprobadas por el Consejo de Ministros. SIGET puede tener un rol de cooperación e implementación en ciertos aspectos tarifarios y regulatorios relacionados, por ejemplo, con la transparencia en la percepción de los subsidios al consumo por los usuarios beneficiarios. Asimismo, debe tenerse presente que los fondos provenientes de multas y concesiones que recauda SIGET tienen por destino el fondo de subsidios que administra FINET. Aunque la CEL no tiene una función explícita expresa en materia de subsidios, lo cierto es que ha desarrollado en los hechos un rol de gran significación en la aplicación de subsidios implícitos al precio mayorista de la energía eléctrica, por fuera del modelo de subsidios explícitos previstos en el marco legal descripto. En cualquier caso, un fortalecimiento del rol de CEL en esta materia implicaría hacer explícitos y transparentes los mecanismos por los que CEL participe en la administración de subsidios al sector eléctrico.

En materia de combustibles, la DHyM tiene competencia para controlar la aplicación de los subsidios al GLP, mientras que el MINEC, al ser la autoridad que fija los precios máximos al GLP para consumo doméstico subsidiado de acuerdo a lo establecido en la Ley Reguladora, participa en la determinación de este subsidio.

E. BIOCOMBUSTIBLES

Si bien no cuenta con un mandato legal específico, el CNE es la autoridad política para todo el sector energético, incluyendo el novedoso campo de los llamados biocombustibles, incluyendo al biodiesel y el etanol. Se trata de una industria y mercado por desarrollar que aún no cuenta con marco regulatorio en el país, por lo que no se han establecido aún autoridades y funciones específicas para la regulación y fiscalización de este subsector.

Las funciones del CNE en materia de biocombustibles deben interpretarse en forma similar a la asignada a los demás subsectores, atravesando todas las fases del ciclo de política, es decir, es la entidad encargada desde la fase de identificación de problemas y establecimiento de la agenda para el subsector, el análisis y desarrollo de instrumentos (diagnósticos, estrategias,

programas), el apoyo y promoción de las iniciativas resultantes tanto en los procesos consultivos sectoriales como en la interacción con los otros órganos del Estado y la sociedad en su conjunto (para comenzar, el desarrollo de los marcos regulatorios del subsector), hasta la coordinación de su implementación (es la autoridad rectora que da seguimiento a la política adoptada y monitorea la consistencia de las acciones de las demás instituciones involucradas con las mismas).

F. SUBSECTORES DE HIDROCARBUROS Y ELÉCTRICO

Con respecto a los subsectores eléctrico, hidrocarburos upstream y downstream y gas natural, se considera que la tabla 2 es de por sí auto-explicativa y sólo complementa lo ya desarrollado en la sección anterior en la tabla 1 y en el Informe I de Diagnóstico de este mismo estudio, a los que se remite en honor a la brevedad.

2.2.2 Los aspectos clave en las instituciones extra sectoriales

Realizado el doble recorrido por el mapa institucional intra-sectorial en las secciones anteriores, ahora se propone ingresar en el análisis de los aspectos clave en relación con las instituciones extra-sector, es decir, aquellos actores institucionales que sin tener funciones políticas, regulatorias o empresariales directas sobre el sector energía, participan e influyen indirectamente en el sector, interactuando frecuentemente con sus actores institucionales y sus agentes de mercado. Tal es el caso del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARN), el Ministerio de Obras Públicas y Transporte (MOPT), el Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG), el Ministerio de Hacienda (MH), la Defensoría del Consumidor (DC) y la Superintendencia de Competencia (SC). Se agrega además una sección sobre el rol del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) en el desarrollo de normas técnicas. La Tabla 3 siguiente resume el análisis realizado, que se desarrolla a continuación.

Tabla 3. Aspectos clave en las instituciones extra-sector

	MARN	MOP	MAG	MH	DC	SC
Energías renovables	Participa en promoción y gestión de programas energías limpias	No tiene competencias	No tiene competencias	Participa en la formulación de la política fiscal, de gasto público y de fomento a la actividad productiva	Defiende perspectiva del consumidor en Junta Directiva CNE	No tiene competencias
Eficiencia energética	Participa en promoción y gestión de programas	Participa en promoción y gestión de programas – Normas técnicas, transporte público	No tiene competencias	Participa en la formulación de la política fiscal, de gasto público y de fomento a la actividad productiva	Defiende perspectiva del consumidor en Junta Directiva CNE – Etiquetado p.e.	No tiene competencias

	MARN	MOP	MAG	MH	DC	SC
Electrificación rural	Control y gestión ambiental	No tiene competencias	No tiene competencias	Participa en la formulación de la política fiscal, de gasto público y de fomento a la actividad productiva	Defiende perspectiva del consumidor en Junta Directiva CNE	No tiene competencias
Subsidios	No tiene competencias	Participa en determinación y control subsidio al combustible transporte publico	No tiene competencias	Participa en la formulación de la política fiscal, de gasto público y de fomento a la actividad productiva	Defiende perspectiva del consumidor en Junta Directiva CNE	Puede formular recomendaciones
Mercado eléctrico	Política, control y gestión ambiental sectorial + Coordina Sistema Nacional de Gestión Ambiental	No tiene competencias	No tiene competencias	Participa en la formulación de la política fiscal, de gasto público y de fomento a la actividad productiva	Coordina el Sistema Nacional de Protección al Consumidor con SIGET	Analiza mercado, formula recomendaciones sanciona prácticas anticompetitivas, autoriza concentraciones, revisa proy. ley
Gas natural	Política, control y gestión ambiental sectorial + Coordina Sistema Nacional de Gestión Ambiental	No tiene competencias	No tiene competencias	Participa en la formulación de la política fiscal, de gasto público y de fomento a la actividad productiva	Coordina el Sistema Nacional de Protección al Consumidor con DHyM	Analiza mercado, formula recomendaciones sanciona prácticas anticompetitivas, autoriza concentraciones, revisa proy. ley
Hidrocarburos upstream	Política, control y gestión ambiental sectorial + Coordina Sistema Nacional de Gestión Ambiental	No tiene competencias	No tiene competencias	Participa en la formulación de la política fiscal, de gasto público y de fomento a la actividad productiva	Defiende perspectiva del consumidor en Junta Directiva CNE	Analiza mercado, formula recomendaciones sanciona prácticas anticompetitivas, autoriza concentraciones, revisa proy. ley
Hidrocarburos downstream	Política, control y gestión ambiental sectorial + Coordina Sistema Nacional de Gestión Ambiental	No tiene competencias	No tiene competencias	Participa en la formulación de la política fiscal, de gasto público y de fomento a la actividad productiva	Coordina el Sistema Nacional de Protección al Consumidor con la DHyM	Analiza mercado, formula recomendaciones sanciona prácticas anticompetitivas, autoriza concentraciones, revisa proy. ley
Biocombustibles	Política, control y gestión ambiental sectorial + Coordina Sistema Nacional de Gestión	No tiene competencias	Formula y ejecuta política agropecuaria – Investigación, desarrollo y divulgación de	Participa en la formulación de la política fiscal, de gasto público y de fomento a la actividad	Gestiona la protección al consumidor en ausencia de autoridad sectorial especial	Analiza mercado, formula recomendaciones sanciona prácticas anticompetitivas,

	MARN	MOP	MAG	MH	DC	SC
	Ambiental + Participa en promoción y gestión de programas		tecnologías	productiva		autoriza concentraciones, revisa proy. ley

A. *ROL DE LA AUTORIDAD AMBIENTAL*

El Salvador ha seguido un modelo de Autoridad Ambiental centralizada, es decir, se encomienda a una única entidad (el MARN) las funciones tanto de formulación y ejecución de políticas, como de control y fiscalización de la materia ambiental. Con lo cual, el MARN asume las funciones de política y regulación ambiental de todos los sectores de la economía nacional, incluido el sector energético. Ello se traduce en que, respecto de cada uno de los subsectores (eléctrico, hidrocarburos, gas natural y biocombustibles), el MARN asume las funciones de política, gestión y control ambiental sectorial. Sin embargo, existen varios aspectos que requieren coordinación e implican obligaciones específicas sobre las autoridades sectoriales que se describirán en esta sección.

Sintéticamente, y haciendo uso de la matriz utilizada en la tabla 1, puede decirse que el MARN tiene las siguientes funciones y atribuciones básicas asignadas por la Ley de Medio Ambiente Nro. 233 de 1998 y sus reformas (en adelante, LMA):

- Función política, (1) formula la política nacional ambiental (incluidas estrategias y acciones) y la somete a aprobación del Consejo de Ministros (art. 3 LMA). (2) ii) análisis y desarrollo de instrumentos (como por ejemplo programas de incentivos ambientales o de ecoetiquetado, arts. 32, 33 y 38 LMA); iii) consenso, coordinación y seguimiento de iniciativas legislativas, políticas y programas (es la entidad coordinadora del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, art. 6 LMA); iv) gestión, implementación y manejo y divulgación de información, comprendiendo la implementación de proyectos y programas específicos, como así también el tratamiento estadístico de datos, almacenamiento y difusión de información técnica ambiental.
- Función regulatoria, la que comprende las siguientes atribuciones específicas: i) normativa (elaboración de normas de calidad ambiental, junto con CONACYT, art. 44, o reglamentos de manejo de suelos y ecosistemas terrestres, art. 75); ii) aplicación, control y monitoreo, supervisión y fiscalización del cumplimiento de normas (realiza las evaluaciones de impacto ambiental, art. 18 LMA y su control y seguimiento, art. 28); iii) sancionatoria (investigación, instrucción del proceso sancionador y determinación y aplicación de sanciones administrativas por incumplimiento de las normas ambientales, arts. 86-89 LMA); y, iv) autorizaciones para operar (tramitación de permisos y licencias ambientales, arts. 19, 20 y 62).

i. MARN y energías renovables

En materia de energías renovables, se produce una concurrencia de competencias entre el CNE como autoridad política sectorial y el MARN como autoridad ambiental, que cuenta con expreso mandato legal de diseñar y ejecutar programas de apoyo a las actividades productivas ambientalmente sanas, como puede ser el caso de las energías limpias (art. 33 LMA). Existen diferentes mecanismos de coordinación previstos en la legislación vigente para evitar la duplicación de esfuerzos innecesarios o confrontaciones improductivas entre estas dos entidades (turf wars), tales como la representación del MARN en la Junta Directiva del CNE y la posible integración del CNE en el Sistema Nacional de Gestión Ambiental (SINAMA) que coordina el MARN. Otro aspecto que deberá tenerse en cuenta especialmente en el caso de la energía hidroeléctrica es la participación de las autoridades sectoriales en el Comité Interinstitucional de Planificación, Gestión y Uso Sostenible de Cuencas Hidrográficas previsto en el art. 48 LMA.

ii. MARN y eficiencia energética

En materia de eficiencia energética sucede algo similar, dados los beneficios ambientales que pueden obtenerse de los programas de eficiencia, los cuales pueden encuadrarse como programas de incentivos ambientales (art. 32 LMA) o de apoyo a las actividades productivas ambientalmente sanas (art. 33 LMA). Más claro aún en el caso de los programas de sello verde o ecoetiquetado previstos expresamente en el art. 38 LMA, destinados a la acreditación y registro de los organismos que certifiquen los procesos y productos ambientalmente sanos, o provenientes del aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Esta concurrencia de competencias (perfectamente válida y común en la experiencia comparada) exige de la cooperación y coordinación de iniciativas entre CNE y MARN, para evitar los problemas de carreras por la obtención de recursos o confrontaciones improductivas ya señaladas en el punto anterior.

iii. MARN y electrificación rural

Las políticas y programas de electrificación rural tienen una dimensión ambiental que puede descomponerse en los siguientes aspectos: i) En primer lugar está la obligación de todas las instituciones del Estado (incluida CNE, FINET o SIGET) de incluir en todas sus acciones, planes y programas el componente ambiental en forma prioritaria (art. 4 LMA). Visto desde el lado de la Autoridad Ambiental, el MARN debe asegurarse que esta dimensión ambiental sea incorporada en todas las políticas, planes y programas nacionales, incluidos los de electrificación rural y para ello cuenta con las evaluaciones estratégicas ambientales (art. 17 LMA) integradas en el Sistema Nacional de Gestión Ambiental que debe coordinar y las instituciones sectoriales integrar creando si es necesario unidades ambientales dentro de cada institución (arts. 6 y siguientes LMA). ii) En segundo lugar, están la evaluación de impacto ambiental o permisos ambientales que los proyectos en particular puedan requerir, especialmente si involucran centrales de generación o líneas de transmisión eléctrica (art. 21 LMA), los cuales son gestionados por el MARN. iii) En tercer lugar están las normas de calidad ambiental que un proyecto en particular deba cumplir, las cuales son elaboradas por el MARN en coordinación con CONACYT, además de velar por su cumplimiento (art. 44

LMA). iv) Por último, pesa sobre las autoridades sectoriales la obligación legal de evitar las acciones deteriorantes del ambiente, prevenir y vigilar y denunciar ante la autoridad competente los hechos de contaminación (art. 42 LMA).

iv. MARN y subsectores eléctrico, hidrocarburos y gas natural

Similares relaciones se dan en el caso de los subsectores (eléctrico, hidrocarburos o gas natural). De este modo, en la fase de elaboración de políticas, planes y programas, las autoridades sectoriales (especialmente CNE como autoridad política) estarán obligadas a incluir el componente ambiental en forma prioritaria (art. 4 LMA). Complementariamente, el MARN debe asegurarse que esta dimensión ambiental sea incorporada en todas las políticas, planes y programas nacionales, incluidos los de los subsectores energéticos y para ello cuenta con una herramienta específica: la evaluación ambiental estratégica que debe realizar cada institución respecto de los planes y programas que elabore, de acuerdo a las directrices del MARN y posterior supervisión y aprobación de sus recomendaciones (art. 17 LMA). Como mecanismos institucionales de coordinación se cuenta con el ya mencionado SINAMA (art. 6 LMA), a lo que se agrega en el caso del sector energético la presencia del Ministro de Ambiente como integrante de la Junta Directiva del CNE.

En la fase de regulación, debe tenerse en cuenta que la elaboración de las normas de calidad ambiental, así como de otras normas ambientales como las de manejo de suelos o ecosistemas terrestres son responsabilidad del MARN (arts. 44 y 75 LMA). Aunque es un terreno que normalmente presenta zonas grises, puede decirse que la elaboración de las normas ambientales (incluidas las que podrían llamarse normas ambientales sectoriales) son responsabilidad del MARN. La función de velar por el cumplimiento de dichas normas ambientales también es responsabilidad del MARN (art. 44 citado), aunque sobre la autoridad regulatoria sectorial pesan obligaciones específicas de prevención, vigilancia y denuncia de los hechos contaminantes a la autoridad ambiental (art. 42 citado). Una herramienta fundamental de control ambiental es la evaluación ambiental de proyectos, que contempla expresamente a las centrales de generación y las líneas de transmisión eléctrica (art. 21 LMA). Este proceso, a cargo de la autoridad ambiental, culmina con la emisión del permiso o licencia ambiental (art. 20 LMA). La obligación de las autoridades regulatorias sectoriales (caso de SIGET o la DHyM) es requerir dichos permisos o licencias ambientales antes de otorgar autorizaciones para operar u otros permisos, obligación que es contemplada expresamente en muchos casos (como en el marco regulatorio eléctrico o el del gas natural). Una mención separada merece la función de control y seguimiento de las evaluaciones ambientales, que es función también del MARN, aunque la ley abre la posibilidad de que cumplan una función de apoyo las unidades ambientales que se creen dentro de los reguladores sectoriales (art. 28 LMA).

v. MARN y biocombustibles

En materia de biocombustibles, se da la doble condición de relaciones de la Autoridad Ambiental propia de un subsector o industria (aplicándosele iguales consideraciones a las realizadas aquí para los demás subsectores), con su condición de aspecto clave de política de promoción industrial, en su carácter de industria novedosa de desarrollo aún incipiente. Y en este sentido, se le suman las relaciones propias de las energías renovables o la eficiencia

energética, es decir, la concurrencia de competencias en el diseño y ejecución de programas de apoyo a las actividades productivas ambientalmente sanas (art. 33 LMA).

B. EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE

El Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano (MOP) detenta funciones políticas y regulatorias en sus ámbitos de incumbencia, presentando interacciones con el sector energético fundamentalmente en dos aspectos clave: el diseño e implementación de programas de eficiencia energética y la determinación, aplicación y control de subsidios al combustible destinados a transporte público.

Con respecto a la eficiencia energética, el MOP se relaciona por las siguientes atribuciones (establecidas en el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo): (1) es la máxima autoridad política y regulatoria en materia de transporte público; (2) recomienda las políticas de importación o producción de equipos que satisfagan o garanticen la oportuna reposición del parque de vehículos para transporte; (3) elabora las normas constructivas de viviendas y edificios.

Por otra parte, en la medida en que el sistema de subsidios energéticos contemple subvenciones al combustible destinado al transporte público, requerirá de una coordinación de competencias con el MOP, como máxima autoridad política y regulatoria en la materia, respecto a su determinación, aplicación y control. Como primer mecanismo institucional de coordinación, el MOP integra la Junta Directiva del CNE.

C. EL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA

El Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) es la autoridad encargada de la formulación y ejecución de la política agropecuaria y forestal, presentando interacciones con el sector energético fundamentalmente en la promoción de la fase primaria de la industria de biocombustibles y energía de biomasa.

Entre sus funciones específicas directamente relacionadas con programas de desarrollo de biocombustibles establecidas en el art. 41 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, pueden señalarse: 1) la investigación, desarrollo y divulgación de tecnologías; 2) los programas de capacitación de productores y trabajadores; 3) el mandato específico de propiciar la industrialización del azúcar (para el caso del etanol⁴); y 4) es la autoridad política

⁴ Este mandato específico de promover la industrialización del azúcar presenta una concurrencia de competencias interesante con la Autoridad Política Energética. Podría el MAG llevar este mandato hasta proponerse liderar el desarrollo e impulso de una iniciativa legislativa para la aprobación de un marco legal para el sector etanol? Ante un vacío institucional, ello podría ser posible. Sin embargo, existiendo el CNE, la autoridad con incumbencia más clara es la autoridad política del sector energía, al tratarse del desarrollo de un mercado de combustible o primordialmente de un energético, más que un subproducto de la industrialización del azúcar.

y regulatoria forestal del país (lo cual la vincula con los proyectos de energía de biomasa forestal).

D. EL MINISTERIO DE HACIENDA

El Ministerio de Hacienda (MH) se relaciona con el sector energético en cada uno de sus aspectos clave y subsectores por medio de tres funciones básicas que le otorga el art. 36 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, por el cual el MH participa en la formulación de: (1) la política fiscal; (2) la política de gasto público; y (3) la política de fomento a la actividad productiva y administración de incentivos a su desarrollo.

Toda vez que la formulación de políticas, estrategias, programas o iniciativas del sector energético impliquen la creación, modificación, o supresión de impuestos, o requieran de financiamiento del tesoro público o la alteración del sistema de subsidios o la creación de incentivos fiscales a la actividad productiva, se requerirá la participación del Ministerio de Hacienda. Como primer mecanismo institucional de coordinación, el MH integra la Junta Directiva del CNE.

Adicionalmente, la Ley de Incentivos Fiscales para el Fomento de las Energías Renovables en la Generación de Electricidad, Decreto Legislativo 462 de 2007, le otorga funciones específicas al Ministerio de Hacienda en materia de:

- Elaboración las guías de orientación relacionado con los beneficios e incentivos a que se refiere esta Ley a través de las Direcciones Generales de Impuestos Internos y de Aduanas (art. 6)
- Calificación de los interesados para el goce de los beneficios e incentivos fiscales contenidos en la presente Ley (art. 7)
- Vigilancia, control y fiscalización del régimen fiscal de las actividades incentivadas (art. 7) y
- Aplicación de sanciones definidas en esta Ley (art. 7).

E. LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR

La Defensoría del Consumidor (DC) es la entidad encargada de aplicar la Ley de Protección del Consumidor⁵ y de coordinar la acción conjunta de las instituciones de la administración pública para el cumplimiento de la misma, incluyendo la coordinación del Sistema Nacional de Protección al Consumidor.

La DC se relaciona con el sector energético en su función de protección de los consumidores de productos y servicios energéticos masivos (es decir, los usuarios del servicio eléctrico y de combustibles de uso doméstico y transporte) y por lo tanto presenta concurrencia de

⁵ Decreto Legislativo nro. 776 de 2005 y sus reformas.

competencias en dos niveles: regulatorio y de formulación de políticas. En primer lugar, debe decirse que la interacción es fundamentalmente con las autoridades regulatorias de los subsectores, sobre todo cuando estas autoridades cumplen funciones de protección de derechos de los usuarios o de resolución de conflictos entre proveedores y consumidores (caso de SIGET y en menor medida, DHyM). En segundo lugar, en el nivel de la función política, la DC tendría la función de defender la perspectiva del consumidor por medio de su participación en la Junta Directiva del CNE, cumpliendo un rol en la formulación de las políticas sectoriales en aspectos no inmediatamente vinculados a la relación de consumo, como puede ser la eficiencia energética, la electrificación rural o la política de promoción de renovables.

Si bien la Ley de Protección del Consumidor de 2005 implicó un gran avance en materia de coordinación de competencias entre la DC y las autoridades regulatorias sectoriales por medio de la creación del Sistema Nacional de Protección al Consumidor, el marco legal deja mucho espacio de temas por resolver en el desempeño de este sistema y las soluciones parecerían requerir un tratamiento caso por caso por medio de convenios interinstitucionales de cooperación. En el caso del sector eléctrico, por ejemplo, SIGET tiene el mandato expreso de proteger los derechos de los usuarios (art. 2 e de la Ley General de Electricidad) y cuenta con la autoridad para establecer las tarifas y las normas de calidad del servicio, hacerlas cumplir, aplicar sanciones en caso de incumplimiento y dirimir las controversias que se presenten entre operadores y usuarios. Análogas potestades tiene por su parte la DC al encuadrar a los usuarios del servicio eléctrico como consumidores de un servicios de alcance masivo, al que se le aplica un cuerpo legal de normas de protección, prácticas abusivas, infracciones y la potestad de la DC de aplicarlas y de resolver las diferencias entre prestadores y consumidores. La aplicación de estos dos sistemas completos de protección por parte de las dos instituciones en paralelo resultaría sin duda un caso de duplicación de esfuerzos innecesarios o confrontaciones improductivas entre estas dos entidades (las “turf wars” que se mencionaron más arriba para el caso de las energías renovables o la eficiencia energética). Los lineamientos de acción para su solución están presentes en la Ley de Protección al Consumidor y la creación del Sistema Nacional de Protección al Consumidor: trabajo conjunto, coordinación, y asignación clara de roles para cada actor institucional involucrado.

F. LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA

El Decreto Legislativo 528 de 2004 encomienda la defensa de la competencia en todos los sectores de la economía nacional, incluido el energético, a la Superintendencia de Competencia (SC). El modelo seguido es el de concentrar las funciones de defensa de la competencia tanto políticas como regulatorias en una única entidad autónoma.

Sintéticamente, la SC se relaciona con los subsectores energéticos y sus autoridades sectoriales por medio de las siguientes funciones:

- 1) En primer lugar, la SC realiza estudios de mercado de sectores que considera críticos para el funcionamiento de la economía del país y los analiza desde el punto de vista de sus condiciones de competitividad (arts. 4, 13 y 14). La realización de estos estudios requiere de la cooperación e intercambio de información con las autoridades sectoriales.

- 2) En segundo lugar, investiga y sanciona prácticas anticompetitivas y abusos de posición dominante en los mercados. Estas investigaciones de hechos y conductas particulares pueden originarse por iniciativa propia de la SC (especialmente a partir de los estudios de mercado sectoriales realizados) o por denuncias de terceros, entre las que se cuentan las realizadas por las autoridades regulatorias sectoriales. SIGET, por ejemplo, tiene obligación legal expresa de realizar estas denuncias (art. 5 e Ley SIGET). En esta función también puede requerirse la cooperación de las autoridades sectoriales en la provisión de información (art. 50 Ley Competencia) o incluso en la elaboración de dictámenes u opiniones técnicas en el curso de la investigación.
- 3) En tercer lugar, como resultado de estas investigaciones pueden surgir hallazgos de fallos regulatorios que originaron o contribuyeron a causar las prácticas y anomalías investigadas y por ello la SC podrá informar a los entes reguladores sectoriales a fin de que tomen las medidas correspondientes (art. 14 h Ley de Competencia). Estos hallazgos también podrían surgir de los estudios de mercado sectoriales, y dar lugar a recomendaciones de políticas públicas destinadas tanto a la autoridad política como a las autoridades regulatorias, e incluir aspectos extra-regulatorios, como por ejemplo el sistema de subsidios (en cuanto distorsivos de las condiciones de competencia).
- 4) En cuarto lugar, la SC autoriza las concentraciones o fusiones de dos o más agentes de mercado cuando estas operaciones exceden un cierto umbral de escala económica establecido en la ley de competencia en 50.000 salarios mínimos de activos combinados resultantes. Al igual que en el caso de las prácticas anticompetitivas, en esta función también puede requerirse la cooperación de las autoridades sectoriales en la provisión de información o incluso en la elaboración de dictámenes u opiniones técnicas en el curso del proceso de autorización. En el caso particular de SIGET, el art. 36 de la Ley de Competencia establece que en las concentraciones entre agentes económicos bajo su supervisión, la SC deberá emitir opinión previa sobre su procedencia, con carácter vinculante.
- 5) En quinto lugar, la SC revisa los proyectos de ley que puedan tener un impacto significativo en las condiciones de competencia de los mercados o sectores a los que están destinados, realizando una especie de evaluación de impacto regulatorio en dichas condiciones de competencia. Esta función que hoy es práctica de la SC podría tener su asidero legal en el art. 14 literal j de la Ley de Competencia. Esta función resulta especialmente relevante en el caso de CNE como entidad encargada de elaborar proyectos de marcos regulatorios y liderar su proceso de consenso sectorial.
- 6) Por último, otro aspecto importante de interacción se dio en la aplicación del art. 112 E de la Ley General de Electricidad, por el cual se facultó a SIGET para que, en el supuesto en que determinara que no existen “condiciones que garanticen la sana competencia en los precios ofertados en el mercado regulador del sistema”, autorizando al Regulador a decidir la sustitución del Reglamento de Operación del mercado mayorista por un “reglamento interno” que establezca un despacho basado en costos de producción. Aquí la SC cumplió un rol de dictaminador técnico a fin de determinar la existencia o inexistencia de competencia suficiente en el mercado

mayorista. Cabría preguntarse si esta situación es reversible y, por tanto, en el futuro la SIGET podría volver a recurrir a la SC a fin de que dictamine si estas condiciones han cambiado, de tal modo de regresar a un sistema basado en ofertas, como el que ha regido al mercado hasta el momento de adoptar esta decisión de migración a un sistema de costos (aún hoy en fase de implementación).

G. *ROL DEL CONACYT EN EL DESARROLLO DE NORMAS TÉCNICAS*

El Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) es una institución autónoma de derecho público que tiene, entre otras, la función de dirigir y coordinar la política de normalización, metrología, verificación y de certificación de calidad de productos, servicios y procesos (art. 5 literal f) de su ley de creación⁶). Estas normas técnicas son relevantes para el sector energético en cuanto comprenden la normalización de materiales, procedimientos, productos y servicios que puedan afectar la vida, la seguridad o la integridad de las personas, así como la protección del medioambiente.

Siguiendo la matriz de funciones utilizada en este informe, puede decirse que CONACYT detenta atribuciones propias de:

- Función política: (1) dirige y coordina la política de normalización, metrología, verificación y certificación de calidad (art. 5 f) (2) ii) análisis y desarrollo de instrumentos (como por ejemplo programas de capacitación y para promover la importancia y divulgación de la normalización, y preparación de dictámenes técnicos, art. 28 e, f y k); iii) consenso, coordinación y seguimiento de iniciativas de desarrollo de normativas, políticas y programas (art. 28 literales a, ch y m); iv) gestión, implementación y manejo y divulgación de información (art. 28, literal e, f, g, i).
- Función regulatoria, la que comprende las siguientes atribuciones específicas: i) normativa: elaborar y proponer las normas técnicas nacionales para su aprobación por el Ministerio de Economía, art. 28 b; preparar los proyectos de Reglamento para la extensión de certificación de calidad y para la autorización del uso de sello, art. 28 j), lo cual tiene directa vinculación con el sector energía en materia de normas de calidad ambiental, normativa para la implementación de programas de eficiencia energética y normas técnicas para la normalización de materiales, procedimientos, productos y servicios del sector energético. ii) Monitoreo del cumplimiento de normas (vela por la aplicación de las normas técnicas aprobadas, art. 28); iii) sancionatoria (da apoyo al Ministerio de Economía y a la Defensoría del Consumidor en la preparación de análisis, peritajes o exámenes en los procedimientos sancionatorios por violación de las normas técnicas, art. 94); y, iv) autorizaciones (aferir los instrumentos de medida o contadores del servicio eléctrico y autoriza talleres de reparación de instrumentos de medida, caso por ejemplo de los medidores eléctricos, arts. 62 y 64).

⁶ Decreto Legislativo 287 de 1992.

2.3 VACÍOS, ZONAS GRISES, SUPERPOSICIONES Y CONFLICTOS

Sobre la base de los análisis matriciales realizados hasta aquí en este capítulo, en esta sección se presentará un resumen de los principales hallazgos en términos de vacíos, zonas grises, superposiciones y/o potenciales conflictos entre los distintos actores intra y extrasectoriales, dada la legislación vigente que establece sus competencias y ámbitos de incumbencia en relación con el sector energético.

2.3.1 Falta de marco legal y Autoridad Regulatoria de biocombustibles

El primero y más evidente problema que surge de las matrices es la falta de marco regulatorio de biocombustibles, que por obvio no debe dejar de resaltarse en primer lugar. El vacío no es completo, porque el subsector combustible ya cuenta con un marco institucional en materia de autoridad política (el CNE) y al menos otras dos autoridades políticas con competencias vinculadas a la promoción del desarrollo de la industria de los biocombustibles, como es el caso del MAG (en la fase primaria de producción) y el MARN, interesado en el fomento de actividades industriales ambientalmente sanas. Falta fundamentalmente establecer la Autoridad Regulatoria, el marco legal dentro del cual se desenvolverá y los mecanismos que coordinarán la actuación de estos actores institucionales.

2.3.2 Inconsistencia de la Ley de Hidrocarburos con el marco institucional sectorial

El segundo problema clave es la clara inconsistencia de la Ley de Hidrocarburos (por la cual se establece el marco regulatorio del subsector hidrocarburos upstream) con el marco legal y institucional sectorial, especialmente con la ley de creación del CNE y los lineamientos regulatorios e institucionales básicos establecidos en los subsectores de hidrocarburos downstream, gas natural, y electricidad.

Específicamente, la Ley de Hidrocarburos vigente (aunque de vigencia virtual ya que no ha tenido prácticamente aplicación práctica desde su sanción en los años 80) resulta inconsistente con:

- 1) El otorgamiento de las funciones de formulación y aprobación de la política para el subsector de exploración y explotación de hidrocarburos en sus distintas fases y atribuciones específicas a favor del CNE, ya que, por el contrario, distribuye estas funciones entre MINEC y CEL, como se explica detalladamente en este informe.
- 2) La separación de las funciones política, regulatoria y empresaria, tal como ha sido establecida para los subsectores de hidrocarburos downstream, gas natural y electricidad, asignando las funciones políticas al CNE, las funciones regulatorias a la DHyM en los dos primeros y SIGET en el último, y reservando la función empresaria para el sector privado o en combinación con empresas estatales con orientación predominantemente comercial y despojadas de funciones políticas o regulatorias. Por el contrario, la Ley de Hidrocarburos distribuye funciones políticas y regulatorias al MINEC y funciones políticas, regulatorias y empresarias a CEL, ubicando al sector privado como un contratista eventual del monopolio de la actividad asignado a la

empresa estatal CEL, en clara contradicción con el los lineamientos básicos seguidos para los demás sub-sectores.

2.3.3 Funciones políticas residuales del MINEC y CEL en el sector eléctrico

Aunque las funciones políticas para todo el sector energético y el subsector eléctrico en particular han sido claramente asignadas al CNE en su ley de creación, el MINEC y CEL aún conservan algunas potestades residuales que pueden resultar en superposiciones o inconsistencias que pueden ser evitadas.

En el caso del MINEC, se trata de la autoridad política del subsector hasta la creación del CNE y en la redacción vigente del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo aún conserva potestades en materia de eficiencia energética y electrificación rural, como se detalla en la sección 2.1.4. Al tratarse de una norma reglamentaria que es actualizada con cierta frecuencia, ello no presentaría serios inconvenientes. La puesta en marcha del CNE implicará el traspaso de las funciones de la Dirección de Energía Eléctrica (DEE) al nuevo Consejo, disolviendo esta Dirección hoy dependiente del MINEC. Por otra parte, subsistirán necesariamente áreas de incumbencia del MINEC extrasectoriales (como por ejemplo la política comercial y la normativa de importación) que resultarán relevantes en ciertos programas sectoriales, como en el caso de la eficiencia energética.

En el caso de CEL, por regirse por una ley de creación aprobada bajo un modelo regulatorio e institucional anterior, a pesar de haber sido modificada, aún conserva algunas normas que podrían entenderse como atribuciones de tipo político, como es el caso de la función de proponer nueva legislación para el sector, según se explica en la sección 2.1.5. En la práctica, si bien sustancialmente modificada, CEL ha venido desarrollando ciertas tareas extrañas o por fuera de los lineamientos del marco institucional (como en el caso de los subsidios) o desarrollando sus planes de inversión en forma paralela o relativamente aislada de la política sectorial. En todo caso, se interpreta que el desempeño de funciones políticas por parte de CEL no contribuye a su fortalecimiento, sino que por el contrario tiende a desdibujar su rol y orientación estratégica y a debilitar sus capacidades medulares como empresa y como herramienta de implementación de políticas.

2.3.4 Debilidad regulatoria de la DHyM

La falta de autonomía de la DHyM como Autoridad Regulatoria de los subsectores de comercialización de hidrocarburos y gas natural, sumado al ejercicio de funciones regulatorias compartidas con el MINEC, se traducen en una menor claridad de roles y objetivos y una debilidad institucional de la DHyM para ejercer plenamente su rol regulador, particularmente en las atribuciones normativas y tarifarias, así como también en las sancionatorias. Si bien siempre hay espacio para mejorar en claridad, autonomía y capacidad institucional bajo un esquema de dirección o departamento ministerial, se trata de problemas que resultan más claramente resueltos cuando los entes reguladores son establecidos como entidades autónomas del Estado.

2.3.5 Potenciales conflictos en renovables, eficiencia energética y biocombustibles

En material de energías renovables, eficiencia energética y biocombustibles, se dan casos clásicos de concurrencias de competencias de distintas autoridades políticas, desde las perspectivas sectorial, ambiental y productiva, involucrando actores institucionales como el CNE, el MARN y el MAG. No se trata de inconsistencias sino que son por el contrario una experiencia común en el análisis comparado.

El problema de estas concurrencias de competencias es que suelen dar lugar a duplicación de esfuerzos, confrontaciones innecesarias y carreras por la asignación de recursos (habitualmente llamadas “turf wars”) entre distintas instituciones. Para mitigarlas resulta necesario establecer mecanismos de coordinación y una clara asignación de roles. Muchas veces se dan importantes complementariedades, como la que podría existir entre una autoridad política con foco en la formulación de estrategias y otra autoridad con capacidad institucional de implementación, o bien con fortalezas o expertise técnico diferenciado y complementario, como podría ser el caso de CNE y MARN.

2.3.6 Zonas grises en el sistema de gestión ambiental y de protección al consumidor

Tanto el marco legal del medioambiente como el de la protección al consumidor han establecido sistemas integrados para la coordinación de la gestión ambiental y la defensa de los consumidores, asignando el rol coordinador a la autoridad nacional en material ambiental y de protección al consumidor respectivamente. Sin embargo, la implementación de estos sistemas requerirá completar un significativo número de vacíos, zonas grises, superposiciones y fuentes de conflicto que necesariamente se darán en su interacción con cada sector en particular, entre ellos el energético.

En el caso del Sistema Nacional de Gestión Ambiental coordinado por el MARN, se destacan los siguientes aspectos:

- 1) La implementación de las evaluaciones ambientales estratégicas de las políticas, planes y programas sectoriales, lo cual implica por una parte el desarrollo de la capacidad institucional del CNE de realizar estas evaluaciones y las del MARN de establecer sus directrices, criterios de revisión y aprobación.
- 2) La elaboración, aprobación y fiscalización de normativas ambientales sectoriales. Si bien es el MARN la autoridad para elaborar, aprobar y fiscalizar el cumplimiento de las normas ambientales, difícilmente pueda desarrollar suficiente capacidad institucional y expertise técnico sectorial para cumplir esta función adecuadamente respecto de normativas ambientales propias de cada subsector. Para ello será necesaria la cooperación de los reguladores sectoriales y para ello será necesario establecer mecanismos de cooperación específicos (bajo el SINAMA) y la creación de unidades ambientales dentro de los reguladores.
- 3) Muy vinculado con el punto 2 anterior es el seguimiento de las evaluaciones ambientales realizadas por el MARN para el otorgamiento de los permisos y licencias

ambientales. Si bien tanto la función de evaluación de los impactos ambientales como la aprobación de los permisos de los proyectos y su posterior seguimiento son funciones asignadas al MARN, la misma Ley de Medio Ambiente prevé en su art. 28 la posibilidad de realizar la función de seguimiento con el apoyo de unidades ambientales de los propios reguladores sectoriales.

De igual modo, en el caso del Sistema Nacional de Protección al Consumidor, si bien se ha dado un gran avance en materia de coordinación de competencias entre la DC y las autoridades regulatorias sectoriales, el marco legal deja aún mucho espacio de temas por resolver en el desempeño de este sistema, donde las soluciones parecerían requerir un tratamiento caso por caso por medio de convenios interinstitucionales de cooperación. Las zonas grises y superposiciones se dan en prácticamente todo el ciclo de funciones entre reguladores sectoriales y la DC y van desde: normas específicas de protección de los consumidores y estándares de calidad de servicio, a la realización de inspecciones con cuerpos de inspectores propios, el servicio de resolución de reclamos con los prestadores y la aplicación de sanciones. A ello se suman ciertos roles de interacción específicos, como la función de la DC de defender los derechos de los consumidores ante los entes reguladores en los procesos regulatorios.

2.4 EVALUACION DEL DISEÑO INSTITUCIONAL POR SUBSECTORES

Sobre el análisis realizado en las secciones anteriores, se agrega esta evaluación del diseño institucional general de todo el sector energético de acuerdo a tres criterios básicos que permitan una mirada de conjunto por subsector que pueda visualizarse en una matriz, que se acompaña como Tabla 4.

Los tres criterios básicos utilizados son:

- Claridad en la asignación de roles y objetivos del marco legal en las actores institucionales clave, comprendiendo: (1) claridad en la separación y asignación de roles entre Autoridad Política y Autoridad Reguladora; (2) claridad en la separación de roles y objetivos entre función empresaria u operación comercial de las empresas controladas por el Estado y funciones políticas y regulatorias; y (3) claridad en la separación y asignación de roles y objetivos entre las instituciones sectoriales y otros actores institucionales extrasectoriales clave.
- Autonomía de los reguladores respecto de la intervención política, lo cual incluye: (1) mandato legal de las entidades reguladoras establecido por ley de la Asamblea Legislativa; (2) alcance y detalle de las funciones regulatorias asignadas (normativas y tarifarias, fiscalización y control, emisión de autorizaciones para operar, aplicación de sanciones y resolución de conflictos); (3) fuente de financiamiento de los entes reguladores segura y estable; (4) estabilidad de los cargos directivos (separación del ciclo político, remoción con causa justificada, etc.).
- Consistencia con el marco institucional del sector en su conjunto, comprendiendo: (1) separación de funciones políticas, regulatorias y empresarias; (2) apertura a la

inversión privada y operación de los mercados en condiciones de competencia; y (3) fortaleza institucional en capacidad de regulación y supervisión de los entes reguladores orientados a un funcionamiento adecuado de los mercados. En efecto, en términos generales puede decirse que desde mediados de los años 90 la legislación sectorial del país ha tendido a establecer condiciones abiertas al ingreso de la inversión privada a sus mercados energéticos, así como a una separación y diferenciación de las funciones política, regulatoria y empresaria del Estado. Más recientemente, las reformas legislativas introducidas tanto en el sector eléctrico como en el mercado de comercialización de hidrocarburos y combustibles han mostrado una mayor preocupación por resolver problemas de funcionamiento de los mercados y prevención de prácticas anticompetitivas, introduciendo mayor regulación y supervisión estatal, fortaleciendo los entes reguladores, complementado con la creación de una Superintendencia de Competencia encargada de aplicar una legislación general de defensa de la competencia, antes inexistente en el país.

Como se advertirá, los criterios de evaluación utilizados son válidos con independencia de las soluciones institucionales particulares, modelos de regulación que se adopten o relevancia que se otorgue a la actividad empresarial del Estado. De este modo, aún cuando la política del gobierno se dirija a dar un rol creciente a las empresas del Estado en la prestación de servicios que la ley califique de servicios públicos – opción expresamente prevista en la Constitución de El Salvador en el artículo 110 – el diseño institucional podrá evaluarse en términos de claridad de roles y objetivos y autonomía de los entes reguladores. Si bien puede decirse que los modelos basados en la posición dominante de un agente de propiedad estatal o directamente en monopolios estatales predominantes en décadas pasadas no contemplaban habitualmente reguladores autónomos o una clara separación de las funciones políticas, regulatorias y empresarias del Estado, lo cierto es que estos criterios de diseño también son necesarios para un más efectivo desempeño de las instituciones en este tipo de modelos. En efecto, aunque lograr el cumplimiento de estos criterios puede resultar un desafío mayor en modelos con empresas de propiedad estatal dominantes, igualmente son necesarios para proteger la gestión ordinaria de las empresas de la interferencia política, proteger los derechos de los consumidores y evitar que la política energética esté excesivamente impregnada o contaminada por los intereses particulares de los agentes económicos y sus grupos gerenciales (sean éstos públicos o privados).

En la tabla 4 siguiente se presenta el resumen de la evaluación matricial realizada por subsector, mostrando una aproximación a los grados de cumplimiento de los criterios descritos en cuatro niveles. El análisis de los subsectores se ha ordenado de mayor a menor grado de cumplimiento. El subsector biocombustibles no se incluye en esta matriz por no tener marco regulatorio vigente.

Tabla 4. Evaluación institucional de los marcos regulatorios vigentes

	Sector eléctrico	Hidrocarburos Upstream	Hidrocarburos Downstream	Gas Natural
Claridad de roles y objetivos				
Autonomía del Regulador				
Consistencia con el marco institucional sectorial				



2.4.1 Subsector eléctrico

El subsector eléctrico es sin dudas la industria que cumple mejor con los criterios utilizados para esta evaluación. Cumple con los criterios de claridad institucional en cuanto a separación de la autoridad política y autoridad regulatoria. Dado que la creación del CNE es posterior a la sanción del marco regulatorio del subsector, el desafío será ahora para esta nueva organización ocupar el espacio de autoridad política sectorial que trabajosamente fue construyendo el MINEC y la DEE en los últimos 8 años. En cuanto a la separación de la función empresaria y las funciones políticas y regulatorias, sólo quedan pendientes algunas potestades residuales de CEL en su ley de creación, aunque posiblemente no justifiquen una reforma legislativa. Se trata más bien de un desafío en la práctica, que requerirá en el futuro un más claro direccionamiento de la gestión de CEL hacia sus funciones empresarias y un mayor encuadramiento dentro de los lineamientos de política y esquemas regulatorios establecidos por la autoridad política y regulatoria del subsector, respectivamente.

En cuanto autonomía del regulador, la SIGET tiene su mandato legal establecido por ley (tanto por su propia ley de creación, como por la ley marco del subsector), y sus funciones abarcan los cinco tipos de atribuciones regulatorias establecidas en la tabla 1 de este informe. Su financiamiento es autónomo, basado en una tasa establecida por ley que pagan los agentes del sector y el mandato del Superintendente y los miembros de su Junta Directiva es por un plazo fijo y escalonado, buscando su separación del ciclo político. Más allá de las dificultades y desafíos que cumplir con distintos aspectos de esta autonomía implica en la práctica, desde el punto de vista del marco legal vigente, todos los criterios establecidos se consideran cumplidos satisfactoriamente.

Lo mismo puede decirse respecto de la consistencia con el marco institucional sectorial en donde los tres criterios establecidos para su evaluación también se cumplen: (1) separación de

funciones políticas, regulatorias y empresarias; (2) apertura a la inversión privada y operación de los mercados en condiciones de competencia; y (3) fortaleza institucional en capacidad de regulación y supervisión de los entes reguladores orientados a un funcionamiento adecuado de los mercados, reforzada por las reformas legislativas del marco del subsector.

2.4.2 Subsector gas natural

Las fortalezas del marco regulatorio del Gas Natural respecto de los criterios de evaluación son sin dudas la claridad institucional en la asignación de roles y funciones y su consistencia con el marco institucional del sector, mientras que sus debilidades se concentran en torno a la falta de autonomía del regulador designado.

En efecto, la Ley del Gas natural cumple adecuadamente con los criterios de evaluación en cuanto a claridad institucional, separando claramente las funciones política, regulatoria y empresarial del Estado. En cuanto a la coordinación con otras instituciones extrasector, se establecen algunas normas de coordinación básicas importantes. En primer lugar, se establece la obligación de la DHyM de denunciar ante la Superintendencia de Competencia si verificara indicios de prácticas anticompetitivas, como así también a la Defensoría del Consumidor si hallara posibles faltas a la ley de defensa del consumidor (art. 5 literal h). Debe además respetar y aplicar las normas técnicas emitidas por el CONACYT. Con respecto a la coordinación con la autoridad ambiental, si bien no se la menciona expresamente, sí se establece la obligación de exigir el permiso ambiental emitido por ésta como requisito previo al otorgamiento de autorizaciones, licencias y concesiones (arts. 10 h, 13 f, 14 f, 15 d, 20 k y 28 k), como así también se exige que los licenciarios y concesionarios cumplan con las normas de protección ambiental aplicables. Sin embargo, queda por definir hacia el futuro (lo cual puede ser materia de convenios interinstitucionales) la participación o integración de la autoridad regulatoria en el SINAMA y el Sistema Nacional de Protección al Consumidor. Otro desafío será también en el futuro (cuando se desarrolle esta industria) la integración o coordinación con la autoridad regulatoria eléctrica (la cual incidentalmente podría solucionarse si se siguiera el criterio de desplazar las funciones de DHyM a SIGET).

Sin duda el criterio que concentra mayores dificultades en el subsector gas natural es el de autonomía del regulador, ya que la ley del Gas Natural decidió asignar las funciones regulatorias al MINEC y su DHyM, lo cual desde ya implica una entidad directamente centralizada y subordinada al Órgano Ejecutivo. Sin embargo, algunos de los criterios de evaluación en materia de autonomía se cumplen, como por ejemplo el mandato legal de la DHyM está establecido por la Ley del Gas Natural. El alcance y detalle de las funciones regulatorias asignadas es bastante amplio y satisfactorio, aunque la distribución de atribuciones entre el Ministro y la DHyM y la subordinación de la DHyM en todos los temas clave (tarifario, sancionatorio, y de otorgamiento de autorizaciones⁷) van en desmedro de la buscada autonomía del regulador. Tampoco cuenta con una fuente de financiamiento estable y

⁷ Ver tabla 1 de este informe para más detalle.

segura, ya que la DHyM depende de las partidas que le asigna año a año el presupuesto general del estado, ni gozan sus directivos de estabilidad en el cargo.

En cuanto a la consistencia con el marco institucional sectorial, puede decirse que la Ley del Gas Natural cumple claramente con los dos primeros criterios (separación de funciones políticas, regulatorias y empresarias y apertura a la inversión privada y operación de los mercados en condiciones de competencia) y presenta debilidades en el tercer criterio, es decir, potencial debilidad institucional en capacidad de regulación y supervisión de su ente regulador orientado a un funcionamiento adecuado del mercado.

2.4.3 Subsector hidrocarburos downstream

Las fortalezas de la Ley Reguladora respecto de los criterios de evaluación son la claridad institucional en la asignación de roles y funciones y su consistencia con el marco institucional del sector, que cumple satisfactoriamente aunque en menor medida que en el caso de la Ley del Gas Natural, mientras que sus debilidades se concentran en torno a la falta de autonomía del regulador designado.

La Ley Reguladora presenta un vacío en cuanto a la determinación de la autoridad política del subsector, el cual es subsanado por la Ley de creación de CNE, asignándole toda las funciones políticas a este nuevo Consejo, mientras que las funciones regulatorias quedarían distribuidas entre MINEC y DHyM. Por otra parte, el marco regulatorio no presenta problemas en cuanto a la separación de la función empresarial respecto de las funciones políticas o regulatorias. Un aspecto no contemplado por la Ley Reguladora es la coordinación con otras instituciones clave extrasector, como el MARN, la Superintendencia de Competencia o la Defensoría del Consumidor. Dadas las normas de coordinación establecidas en las leyes de Medio Ambiente y Protección del Consumidor, los principales desafíos aquí estarían dados en la implementación del SINAMA y el Sistema Nacional de Protección al Consumidor, tratados en la sección 2.3.6 más arriba.

De manera similar a lo que sucede con el subsector gas natural, indudablemente el criterio que concentra mayores dificultades en el subsector de comercialización de hidrocarburos es el de la autonomía del regulador, ya que la Ley Reguladora decidió asignar las funciones regulatorias al MINEC y su DHyM, lo cual desde ya implica una entidad directamente centralizada y subordinada al Órgano Ejecutivo. Sin embargo, como ya se dijo respecto del subsector del gas, algunos de los criterios de evaluación en materia de autonomía se cumplen, como por ejemplo el mandato legal de la DHyM está establecido por la Ley Reguladora. El alcance y detalle de las funciones regulatorias asignadas es bastante amplio y satisfactorio, aunque la distribución de atribuciones entre el Ministro y la DHyM y la subordinación de la DHyM en todos los temas clave (tarifario, de otorgamiento de autorizaciones, sancionatorio⁸) van en desmedro de la buscada autonomía del regulador. Tampoco cuenta con una fuente de financiamiento estable y segura, ya que la DHyM depende de las partidas que le asigna año a

⁸ Ver tabla 1 de este informe para más detalle.

año el presupuesto general del estado, ni gozan sus directivos de estabilidad en el cargo. El criterio de autonomía del regulador es como tal un estándar reconocido de mejor práctica internacional. La percepción de riesgo regulatorio o de intervención política que tendrán los agentes del sector y potenciales inversionistas asociado a la falta de autonomía en el diseño legal del regulador será mayor o menor en la medida en que algunas condiciones se cumplan en forma limitada (como en el caso del DHyM), así como también en la medida en que otras mejores prácticas presentes en el sector mitiguen estos riesgos (como la presencia de reguladores que ponen en práctica criterios de transparencia, participación y consulta y previsibilidad en su gestión y decisiones).

Por último, del criterio de consistencia con el marco institucional sectorial puede arribarse a conclusión análoga al caso de la Ley del Gas Natural: la Ley Reguladora cumple con los dos primeros criterios (separación de funciones políticas, regulatorias y empresarias y apertura a la inversión privada y operación de los mercados en condiciones de competencia) y presenta debilidades en el tercer criterio, es decir, potencial debilidad institucional en capacidad de regulación y supervisión de su ente regulador orientado a un funcionamiento adecuado del mercado.

2.4.4 Subsector hidrocarburos upstream

Como se explica en la sección 2.3.2, la Ley de Hidrocarburos no cumple con los criterios aquí establecidos de claridad institucional, asignando funciones políticas, regulatorias y empresarias a CEL. Tampoco se contempla la separación de la función regulatoria (y mucho menos la autonomía de un ente regulador que directamente no se contempla). Como ya se explicó en 2.3.2, el modelo adoptado presenta una marcada inconsistencia con el marco institucional y legal adoptado para el sector energético en su conjunto.

3. *MAPA INSTITUCIONAL FUTURO*

Uno de los objetivos centrales de este estudio es proveer un análisis de conjunto de las implicancias y efectos que la aprobación de los distintos anteproyectos de ley del sector tendrían sobre la regulación y desarrollo del sector, en particular, sobre los objetivos, funciones y competencias de las organizaciones encargadas de su ordenamiento y regulación. Con esta finalidad, en este capítulo se analizarán los tres anteproyectos de ley que el Poder Ejecutivo tuvo en proceso de elaboración recientemente, el primero destinado a sustituir la Ley Reguladora, el segundo a sustituir la Ley de Hidrocarburos y el tercero a establecer un proyecto de marco legal para la industrial del etanol. Si bien estos anteproyectos ya fueron analizados en el Informe I de este estudio, ahora se volverá sobre ellos bajo la perspectiva de sus impactos positivos o negativos que su eventual aprobación legislativa tendría sobre el mapa institucional del sector.

Los criterios utilizados para esta evaluación serán los mismos que los utilizados en el capítulo anterior para evaluar el diseño institucional actual del sector, es decir:

- Claridad en la asignación de roles y objetivos del marco legal en las actores institucionales clave, comprendiendo: (1) claridad en la separación y asignación de roles entre Autoridad Política y Autoridad Reguladora; (2) claridad en la separación de roles y objetivos entre función empresaria u operación comercial de las empresas controladas por el Estado y funciones políticas y regulatorias; y (3) claridad en la separación y asignación de roles y objetivos entre las instituciones sectoriales y otros actores institucionales extrasectoriales clave.
- Autonomía de los reguladores respecto de la intervención política, lo cual incluye: (1) mandato legal de las entidades reguladoras establecido por ley; (2) alcance y detalle de las funciones regulatorias asignadas (normativas y tarifarias, fiscalización y control, emisión de autorizaciones para operar, aplicación de sanciones y resolución de conflictos); (3) fuente de financiamiento de los entes reguladores segura y estable; (4) estabilidad de los cargos directivos (separación del ciclo político, remoción con causa justificada, etc.).
- Consistencia con el marco institucional del sector en su conjunto, comprendiendo: (1) separación de funciones políticas, regulatorias y empresarias; (2) apertura a la inversión privada y operación de los mercados en condiciones de competencia; y (3) fortaleza institucional en capacidad de regulación y supervisión de los entes reguladores orientados a un funcionamiento adecuado de los mercados.

Adicionalmente, para la determinación de estas implicancias positivas o negativas de los anteproyectos de ley analizados sobre el marco legal e institucional vigente, se tendrá especialmente en cuenta su capacidad para atender o resolver los hallazgos o problemas identificados en el capítulo anterior de este informe.

Los proyectos aquí bajo análisis son los siguientes:

- Anteproyecto de Ley de Comercialización de Hidrocarburos, versión revisada de agosto de 2007.
- Anteproyecto de Ley de Hidrocarburos, versión revisada de agosto de 2007.
- Anteproyecto de Ley de Etanol, versión borrador de febrero de 2008.

En términos generales, puede concluirse que los anteproyectos analizados, con sus aspectos positivos y deficiencias, en conjunto implican, respecto de los criterios de evaluación: una mejora en la claridad institucional del sector, una mayor autonomía de los entes reguladores sectoriales y un avance en una mayor consistencia del marco institucional sectorial en su conjunto.

Tabla 5. Evaluación institucional de los anteproyectos de ley

	Hidrocarburos Upstream	Hidrocarburos Downstream	Biocombustibles
Claridad de roles y objetivos			
Autonomía del Regulador			
Consistencia con el marco institucional sectorial			

Grado de cumplimiento

○ Bajo → ● Alto

3.1 MEJORA DE LA CLARIDAD INSTITUCIONAL

En términos generales, puede decirse que los anteproyectos bajo análisis presentan un saldo positivo en cuanto a mejora de la claridad institucional del sector, aunque persisten los problemas de confusión de roles en la separación de las atribuciones políticas de las regulatorias y en un déficit de atención de los mecanismos de coordinación con las instituciones clave extrasectoriales.

El Anteproyecto de Ley de Comercialización de Hidrocarburos mejora la claridad institucional del subsector en cuanto fortalece la separación de las funciones regulatoria y política al asignar todas las funciones regulatorias a SIGET, quedando las funciones políticas en manos de CNE. Sin embargo, el CNE no es mencionado por el anteproyecto y se otorga la función de asesorar

al Órgano Ejecutivo en la determinación de la política nacional de hidrocarburos a SIGET (art. 6 literal t). Esta potencial confusión de funciones podría subsanarse otorgando esta facultad de asesoramiento a CNE y estableciendo claramente la obligación de SIGET de seguir los lineamientos de política para el subsector que establezca CNE. Se mejora también en claridad institucional en cuanto a coordinación con instituciones clave extrasector, introduciendo expresamente la obligación de presentar el permiso ambiental otorgado por la autoridad ambiental antes de otorgar determinadas autorizaciones o licencias (art. 41 literal g), así como la obligación de denunciar ante la SC las posibles prácticas anticompetitivas que detecte en el sector que regula (art. 6 literal j). Sin embargo, no se mencionan las formas de participación e integración de las autoridades sectoriales en el SINAMA o en el Sistema de Protección al Consumidor coordinados por el MARN y la DC, respectivamente.

En cuanto al Anteproyecto de Ley Hidrocarburos, se avanza en materia de claridad institucional al separar la función empresaria de las funciones políticas y regulatorias, aunque persiste la confusión de roles en la asignación de funciones políticas y regulatorias en SIGET. Tampoco presenta avances en cuanto a la coordinación con instituciones extrasectoriales clave, como la SC o el MARN.

Por último, el Anteproyecto de Ley del Etanol acierta en la separación de funciones empresaria y político/ regulatorias, aunque no es suficientemente claro en la separación entre funciones política y regulatoria. El CNE no es mencionado por el anteproyecto, que no define cual es la autoridad política sectorial. A ello se suma al menos una función política clave para este subsector a favor del MINEC (que debería asignarse lógicamente a CNE), como es la función de definir el período de transición para alcanzar los niveles de mezcla obligatoria para la comercialización de los combustibles. Otro aspecto ausente en el Anteproyecto Etanol es el de la coordinación con otras instituciones extra sector, aspecto particularmente sensible en esta industria, con marcadas superposiciones y solapamientos con la autoridad ambiental, como así también de política agropecuaria (MAG).

3.2 MAYOR AUTONOMÍA DE LOS ENTES REGULADORES

Un avance significativo de los anteproyectos de ley analizados es la mayor autonomía que se propone para los entes reguladores del subsector hidrocarburos, tanto para su etapa de comercialización (downstream), como la de exploración y explotación (upstream). No ocurre lo mismo en el caso del subsector biocombustibles, donde el anteproyecto de ley de Etanol no alcanza a definir adecuadamente un ente regulador autónomo con capacidades y funciones suficientes para cumplir su rol.

Tanto el anteproyecto de Ley de Comercialización como el de Ley de Hidrocarburos proponen asignar las funciones regulatorias a la SIGET, que vería ampliada sus actuales funciones de autoridad regulatoria para el subsector eléctrico a ser la autoridad regulatoria del subsector hidrocarburos, en sus dos etapas (Downstream y upstream). Con esta decisión, los dos subsectores pasan a cumplir con el criterio de autonomía de la autoridad regulatoria en todo su alcance, especialmente en el caso de la Ley de Comercialización de Hidrocarburos, que refuerza incluso la fuente de financiamiento autónomo por medio de un cargo regulatorio a ser pagado por los agentes (art. 62). El financiamiento de las funciones regulatorias a desarrollar

en la fase upstream de la industria es un aspecto que debería contemplarse en el futuro anteproyecto de ley de hidrocarburos.

Sin embargo, el anteproyecto de ley del Etanol decide otorgar las funciones regulatorias al MINEC y el DHyM siguiendo el modelo vigente actualmente para gas natural y comercialización de hidrocarburos, aunque presentado debilidades de diseño mayores. Como deficiencias del anteproyecto se destacan especialmente la falta de una asignación clara de la función regulatoria o normativa, al no determinarse la autoridad que establecerá las normas técnicas. Tampoco son claras las funciones tarifarias, al no decirse quien establece precios de referencia a pesar de que se menciona que los precios serán consistentes con precios de referencia internacional, como así tampoco se dice cómo se establecerá el precio del servicio de mezcla. Con respecto a las funciones de supervisión, se autoriza un sistema de tercerización del control de calidad de producto por entidades autorizadas (servicio de certificación del art. 5), aunque muy poco se dice sobre las demás funciones vigilancia que deberá desempeñar la autoridad de aplicación. A todos estos problemas de alcance y detalle de las funciones regulatorias asignadas, se agregan las ya mencionadas deficiencias presentes en los casos de los subsectores del gas natural y comercialización de hidrocarburos: la distribución de atribuciones entre el Ministro y la DHyM y la subordinación de la DHyM en todos los temas clave van en desmedro de la buscada autonomía del regulador. Tampoco contaría con una fuente de financiamiento estable y segura, ya que la DHyM depende de las partidas que le asigna año a año el presupuesto general del estado, ni gozarían sus directivos de estabilidad en el cargo.

3.3 AVANCES EN LA CONSISTENCIA DEL MARCO INSTITUCIONAL SECTORIAL

Considerados en conjunto, los anteproyectos analizados presentan avances en la consistencia del marco institucional del sector en su conjunto, mejorando la separación de funciones políticas, regulatorias y empresarias; la apertura a la inversión privada y operación de los mercados en condiciones de competencia; y la fortaleza institucional en capacidad de regulación y supervisión de los entes reguladores orientados a un funcionamiento adecuado de los mercados.

En el caso del Anteproyecto de Ley de Comercialización de Hidrocarburos, hay una mejoría de consistencia en cuanto profundiza la separación de las funciones políticas y regulatorias y fortalece la capacidad de regulación y supervisión al asignar las funciones regulatorias a SIGET. La evaluación no es tan clara respecto a la apertura a la inversión privada y operación de los mercados en condiciones de competencia, donde el anteproyecto introduce mejoras respecto a la actual Ley Reguladora en las condiciones de ingreso y libertades comerciales, aunque algunos aspectos pueden verse como retrocesos (como la exigencia de renovación anual de las licencias de operación y otros aspectos tratados en la sección 4.1 del Informe I de este mismo estudio).

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Hidrocarburos representa ciertamente un gran avance en cuanto a consistencia con el marco sectorial total respecto de la Ley vigente, claramente opuesta e inconsistente con dicho marco. Sin embargo, el Anteproyecto presenta deficiencias

en cuanto a la confusión de funciones regulatorias y políticas asignadas a SIGET ya señaladas, mientras que adicionalmente se trata de un anteproyecto preliminar que requiere una mayor adecuación al sistema legal del país, así como una revisión detallada de su contenido (de acuerdo al análisis realizado en la sección 4.2 del Informe I de este mismo estudio).

4. RECOMENDACIONES Y LINEAMIENTOS DE ACCIÓN

Sobre la base de los análisis matriciales realizados en los capítulos anteriores de este informe, tanto respecto del mapa institucional intra y extrasector y la evaluación institucional por subsectores y el impacto en la regulación de los mismos por los anteproyectos de ley analizados, en este último capítulo se busca trazar un conjunto de lineamientos del diseño institucional y regulatorio futuro del sector, que orienten la tarea y proporcionen elementos metodológicos y recomendaciones para la elaboración e implementación de las reformas legislativas y marcos regulatorios a desarrollarse.

4.1 DISEÑO INSTITUCIONAL FUTURO

Ya sea que se decida tomar como base o no los anteproyectos de ley de reforma legislativa aquí analizados, los futuros marcos regulatorios del sector deberían orientar sus reformas de acuerdo a tres lineamientos básicos: 1) Consolidar un marco institucional sectorial consistente e integrado en su conjunto; 2) Fortalecer y acentuar la autonomía de los entes reguladores; y 3) Poner especial énfasis en la claridad en la asignación de roles y funciones.

Como se advertirá, se ha buscado establecer lineamientos de acción para el diseño institucional futuro del sector energético del país que permitan un espectro amplio de soluciones regulatorias y orientación de políticas dentro de ellos. De este modo, aún cuando la política del gobierno se dirija, por ejemplo, a dar un rol creciente a las empresas del Estado en la prestación de servicios, el marco institucional requerirá consistencia e integración de conjunto, así como entes reguladores fuertes y autónomos y claridad en la asignación de roles y separación de las funciones que debe desempeñar el Estado en el sector. Si bien puede decirse que los modelos basados en la posición dominante de un agente de propiedad estatal o directamente en monopolios estatales predominantes en décadas pasadas no contemplaban habitualmente reguladores autónomos o una clara separación de las funciones políticas, regulatorias y empresarias del Estado, lo cierto es que estos criterios de diseño también son necesarios para un más efectivo desempeño de las instituciones en este tipo de modelos. En efecto, aunque lograr el cumplimiento de estos criterios puede resultar un desafío mayor en modelos con empresas de propiedad estatal dominantes, igualmente son necesarios para proteger la gestión ordinaria de las empresas de la interferencia política, proteger los derechos de los consumidores y evitar que la política energética esté excesivamente impregnada o contaminada por los intereses particulares de los agentes económicos y sus grupos gerenciales (sean éstos públicos o privados).

4.1.1 Consolidar un marco institucional sectorial consistente e integrado

En las últimas dos décadas, la legislación sectorial del país ha tendido a establecer condiciones abiertas al ingreso de la inversión privada a sus mercados energéticos, así como a una separación y diferenciación de las funciones política, regulatoria y empresaria del Estado. Más recientemente, las reformas legislativas introducidas tanto en el sector eléctrico como en el mercado de comercialización de hidrocarburos y combustibles han mostrado una mayor preocupación por resolver problemas de funcionamiento de los mercados y prevención de

prácticas anticompetitivas, introduciendo mayor regulación y supervisión estatal, fortaleciendo los entes reguladores, complementado con la creación de una Superintendencia de Competencia encargada de aplicar una legislación general de defensa de la competencia, antes inexistente en el país. Por otra parte, la convergencia a un marco institucional sectorial más consistente e integrado se ha visto sustancialmente favorecida por la reciente creación del CNE como autoridad política sectorial común.

Estos lineamientos y tendencias están claramente presentes en los anteproyectos de ley analizados, con su preocupación por la fortaleza y autonomía de los entes reguladores, su insistencia en la separación de las funciones empresaria, regulatoria y política del Estado y su preocupación por garantizar un funcionamiento adecuado de los distintos mercados.

En este sentido, un marco sectorial común consistente e integrado implica:

(1) Poner en marcha el CNE ocupando gradualmente su rol central de formulador de toda la política sectorial para cada uno de los subsectores y de coordinador de su implementación, basado en una estrategia de catalizador y motivador de cooperación voluntaria y alianzas entre instituciones. El CNE es una institución nueva y su principal desafío será abrirse camino y ocupar el rol asignado por su ley de creación – quizá el factor de mayor impacto para lograr la consolidación de un sector energético consistente e integrado. La mayor parte de las leyes subsectoriales no contempla la existencia de este organismo ni se refiere a él, por lo que deberá apoyarse en su marco legal de creación (que le otorga una base legal adecuada y suficiente) para ir ganando gradualmente su espacio institucional en lugares en la mayoría de los casos vacío, pero en otros ocupados en la ley o en la práctica por otros organismos y ministerios que serán desplazados y reubicados en sus competencias, roles y funciones. La base metodológica para la definición de las funciones y atribuciones que deberá ocupar el CNE puede encontrarse en la matriz resumida en la tabla 1 de este informe, así como las interacciones con los aspectos clave del sector y las demás instituciones sectoriales y extrasectoriales se condensan en las tablas 2 y 3.

Para lograr este enorme desafío de implementación, el CNE deberá evitar un enfoque de arriba-hacia-abajo (top down) que busque el control o pretenda basar su actuación en la fijación de criterios de desempeño obligatorios o en el dictado de condiciones. Por el contrario, tanto por las características de su diseño institucional y su mandato legal como por la posición inicial en la que se encuentra, se recomienda que base su rol formulador y coordinador en la participación voluntaria de los distintos actores institucionales, buscando identificar la atracción mutua de intereses comunes, el deseo de participar y experimentar nuevas soluciones, el desarrollo de redes y la creación de alianzas basadas en la creación de confianza mutua y trabajo conjunto.

(2) Elaborar y aprobar un marco regulatorio para el subsector biocombustibles, claramente alineado con los lineamientos básicos del marco sectorial común. Para la elaboración de este marco regulatorio deberán tenerse en cuenta todas las recomendaciones de diseño institucional y regulatorio de aplicación general que se presentan en este capítulo, como así también las recomendaciones específicas para el anteproyecto de ley del Etanol que se presentaron en la sección 4.4 del Informe I y que pueden resumirse del siguiente modo: a) Evaluar la

formulación de un marco regulatorio conjunto para etanol y biodiesel; b) Introducir objetivos de política explícitos; c) Clarificar condiciones de entrada y sistema de precios; d) Profundizar separación de actividades y asignación de responsabilidades; e) Reorientar el régimen de incentivos fiscales; f) Delinear en la ley el período de transición; g) Establecer una clara asignación y coordinación de las funciones básicas de los actores institucionales

(3) Revisar y establecer un nuevo marco regulatorio para el subsector de exploración y explotación de hidrocarburos. Si bien esto puede no ser visto como un tema en el tope de la agenda sectorial en un país que no tiene una industria de hidrocarburos en fase de exploración y explotación activa, lo cierto es que la Ley de Hidrocarburos vigente resulta una clara anomalía, inconsistente con el marco institucional vigente en el sector que requiere ser corregida. La urgencia de encarar esta tarea por parte del CNE y el futuro Gobierno entrante, dependerá de la prioridad política que se asigne a la oportunidad de desarrollar actividad hidrocarburífera upstream en el país, tarea hasta hoy no lograda. Las bases de su diseño institucional y regulatorio se encuentran en los lineamientos desarrollados en este capítulo, así como en los análisis institucionales y regulatorios específicos desarrollados tanto en el Informe I como en este Informe II.

4.1.2 Fortalecer los entes reguladores y acentuar su autonomía

Si bien como se dijo en la sección anterior la separación de la función regulatoria asignándola a una entidad determinada y diferenciada de las funciones política y empresaria es un lineamiento básico común del marco institucional sectorial del país de las últimas dos décadas, lo cierto es que el fortalecimiento de los entes reguladores, especialmente de su autonomía, es una asignatura pendiente en todos los subsectores menos el eléctrico.

Esta es una preocupación ciertamente de los anteproyectos de ley analizados, donde se ha buscado asignar a SIGET (como la única entidad autónoma con experiencia recorrida en el sector) las funciones regulatorias para el subsector hidrocarburos.

En este sentido, fortalecer los entes reguladores y acentuar su autonomía implicara:

- (1) Asignar las funciones regulatorias de los subsectores de hidrocarburos, gas natural y biocombustibles a una entidad autónoma del Estado, ya sea utilizando la experiencia y soporte existente de SIGET o creando una nueva entidad a tal efecto. Las dos opciones son válidas y posibles y presentan ventajas y desventajas que deberán evaluarse al momento de preparar los marcos regulatorios. Los dos lineamientos centrales que deberían cuidarse son: a) Que la solución elegida sea la que mejor garantice la autonomía del regulador, cumpliendo con todos los criterios específicos desarrollados en este informe al realizar la evaluación institucional en el capítulo anterior; b) Que la solución elegida mejore condiciones de coordinación (distribuir funciones a distintas entidades tiene indudables ventajas de claridad, pero no deben descuidarse nunca sus potenciales desventajas en cuanto a economías de coordinación).
- (2) Poner especial atención al alcance y detalle de las funciones asignadas a los entes reguladores, cuidando de cubrir con claridad y precisión las atribuciones y

responsabilidades en materia de: a) elaboración y aprobación de normas y tarifas; b) control, monitoreo, supervisión y control de cumplimiento de normas y estándares técnicos; c) tramitación y aprobación de permisos, licencias y autorizaciones; d) resolución de controversias entre agentes del mercado y entre usuarios o consumidores y prestadores; e) investigación de infracciones y aplicación de sanciones. El análisis matricial realizado en la tabla 1 (sección 2.1) de este informe es la base metodológica para esta tarea.

- (3) Asegurar en lo posible una fuente segura y confiable de financiamiento de los entes reguladores, separada del presupuesto general del Gobierno. Esta ha sido la experiencia exitosa de SIGET, y recogida por el Anteproyecto de Ley de Comercialización de Hidrocarburos, siendo una práctica utilizada y recomendada en todo el mundo. Permite sortear numerosos obstáculos a la creación de instituciones que puedan atraer, formar, incentivar y retener equipos técnicos fuertes y efectivos.
- (4) Prever mecanismos que tiendan a separar a los directivos de los entes reguladores del ciclo político, estableciendo mandatos por periodos de tiempo determinado y remoción con justa causa. El mayor desafío no está aquí en lo que diga la ley (que siempre igual es importante), sino en lo que después pueda lograrse con ello en la práctica. Sin embargo, debe prestarse siempre atención a este aspecto al momento de diseño legal de un ente regulador.
- (5) No descuidar los mecanismos de rendición de cuentas de los reguladores, estableciendo mecanismos efectivos para la revisión judicial de la legalidad de sus decisiones, así como también la provisión de informes anuales escritos y en audiencia ante instituciones de control y la Asamblea Legislativa.

4.1.3 Poner especial énfasis en la claridad en la asignación de roles y funciones

Si bien los marcos regulatorios vigentes en el sector respetan en términos generales los principios básicos de claridad en la asignación de roles y funciones en cuanto a la separación de las funciones empresaria, política y regulatoria (a excepción del caso de la Ley de Hidrocarburos donde esto no ocurre), lo cierto es que quedan deficiencias por subsanar en esta materia, especialmente en la separación de las funciones regulatoria y política y en el establecimiento y puesta en práctica de mecanismos de coordinación con otras instituciones extrasectoriales clave, como las autoridades ambientales, de competencia, protección al consumidor y de políticas sectoriales vinculadas (agropecuaria y transporte, por ejemplo).

En la preparación de los marcos regulatorios futuros o sus reformas, deberá ponerse especial énfasis en la claridad en la asignación de roles y funciones. La aplicación de este lineamiento deberá procurar asegurar:

- (1) La mayor claridad posible en la separación y asignación de roles entre Autoridad Política y Autoridad Reguladora. La creación del CNE como autoridad política única y común para todo el sector es un gran paso en este sentido. Su consolidación requerirá marcos regulatorios subsectoriales que no interfieran en esta distribución de incumbencias y que además fortalezcan

esta asignación por medio de referencias explícitas a la forma en que las distintas autoridades sectoriales (principalmente los reguladores) se integraran y complementarían con las políticas y programas que surjan del CNE. Los mayores obstáculos o barreras a este objetivo son: a) la asignación de funciones políticas sectoriales a ministerios o entidades fuera del CNE, especialmente las referidas a la formulación de aspectos de la política energética; b) la asignación de funciones políticas a los entes reguladores; c) la asignación de funciones regulatorias a ministerios o entidades fuera de los entes reguladores designados. La base metodológica para una clara diferenciación de funciones políticas y regulatorias en la matriz desarrollada en la tabla 1, sección 2.1 de este informe.

(2) Claridad en la separación de roles y objetivos entre función empresaria u operación comercial de las empresas controladas por el Estado y funciones políticas y regulatorias. Esto representa un desafío en los subsectores en donde el Estado conserva un rol empresario, como es el caso de CEL en el subsector eléctrico. La transición de un modelo en donde la empresa estatal cumplía las funciones políticas y regulatorias del sector que la autoridad política convalidaba de manera más o menos automática a un modelo de separación de la operación comercial y subordinación de la empresa a las reglas de juego comunes establecidas por un regulador independiente y los planes sectoriales elaborados por una entidad estatal profesionalizada encargada de la formulación de la política, es un desafío que requerirá esfuerzos adicionales en el futuro. Aún cuando la política que se busque sea el fortalecimiento de las empresas públicas en el sector, la claridad en la separación de roles y objetivos con la funciones política y regulatoria será de crucial importancia. Por el contrario, la confusión de funciones políticas y regulatorias en las empresas estatales tiende a dar como resultado no un fortalecimiento de las empresas, sino una mayor exposición a la interferencia política de su gestión ordinaria y un debilitamiento de los controles del Estado sobre su desempeño, lo que termina debilitando su rol en el sector. Cualquiera sea el énfasis que quiera darse al rol empresario del Estado en el sector, la falta de atención a las mejores prácticas que establecen esta claridad de roles y funciones, tiene por resultado menor transparencia, menos controles y obligación de dar cuenta de sus responsables, menos protección de los intereses de los usuarios y en definitiva, un desempeño menos eficiente del sector.

Esta separación de la función empresaria también será clave en los subsectores a desarrollar (caso del gas natural o los biocombustibles) en donde si el Gobierno resolvieran cumplir algún rol empresario o de alianza público privada en la promoción de estos desarrollos, el marco legal deberá procurar que estas funciones empresarias, y político-regulatorias no se confundan o mezclen, conservando la claridad institucional requerida para un desarrollo sectorial sano, transparente y competente.

(3) Claridad en la separación y asignación de roles y objetivos entre las instituciones sectoriales y otros actores institucionales extrasectoriales clave. La claridad institucional comprende no solo la distribución de funciones y roles dentro del sector, sino también su asignación, distribución y coordinación con otras instituciones extrasectoriales que cumplen roles clave. Si bien los marcos regulatorios vigentes (y los anteproyectos analizados) poco dicen sobre coordinación de funciones con este tipo de instituciones, existen al menos dos muy buenos puntos de partida para avanzar en este aspecto de la claridad institucional: en

primer lugar, la creación del mismo CNE con una composición de Junta Directiva amplia que incluye a actores centrales como el MARN, MOP, Hacienda, y la DC, estableciendo así un mecanismo de coordinación que ofrece significativas oportunidades de coordinación de esfuerzos y programas comunes. En segundo lugar, las leyes vigentes de Medio Ambiente y Protección al Consumidor establecen sistemas nacionales coordinados (el SINAMA y el Sistema nacional de Protección al Consumidor) sobre cuyo marco puede establecerse en el futuro (posiblemente por medio de convenios interinstitucionales) la coordinación de roles y competencias con la autoridad ambiental y la de defensa del consumidor. Sin dudas estos mecanismos de coordinación extrasectoriales ya establecidos en la legislación vigente deben ser tenidos muy en cuenta al momento de preparar futuras reformas legislativas en los marcos sub-sectoriales. Para ello puede utilizar el análisis matricial de las interacciones con las instituciones extrasectoriales realizado en la sección 2.2 y tabla 3 de este mismo informe.

4.2 DISEÑO REGULATORIO FUTURO

El centro de gravedad de este estudio es la realización de una evaluación de los marcos regulatorios vigentes y anteproyectos de ley de reciente tratamiento, para la elaboración de un conjunto de recomendaciones centradas en el diseño institucional del sector. Con esta finalidad, este segundo informe que aquí se presenta tiene por objeto la elaboración de una mapa institucional actual y futuro del sector energético.

Sin embargo, del primer informe de Diagnóstico e Identificación de Aspectos Clave puede extraerse un conjunto de recomendaciones adicionales al diseño institucional, propias del diseño regulatorio del sector. En este sentido, complementariamente a los lineamientos y recomendaciones de diseño institucional tratados en la sección anterior de este capítulo, se desarrollan ahora un conjunto de lineamientos y recomendaciones de diseño regulatorio a ser tenidos en cuenta al momento de preparar los nuevos marcos regulatorios pendientes de elaboración (como el de biocombustibles), o de revisión (como es el caso de la legislación de hidrocarburos).

Siguiendo la matriz de análisis utilizada en el Informe I de este estudio, tres son los aspectos clave que deberán tenerse en cuenta al momento de elaborar, revisar y evaluar los anteproyectos de marcos regulatorios de los subsectores: (1) Las condiciones de ingreso y libertades comerciales que el marco regulatorio garantizará a los agentes del sector; (2) las normas referidas a la estructura de mercado y acceso a instalaciones esenciales; y, (3) los mecanismos de seguimiento y monitoreo de mercado, supervisión y control de prácticas anticompetitivas y cláusulas de salvaguarda para situaciones de excepción.

4.2.1 Condiciones de ingreso y libertades comerciales que el marco regulatorio garantizará a los agentes del sector

El primer aspecto clave a ser evaluado en los futuros anteproyectos son las condiciones de ingreso y libertades comerciales que el marco regulatorio garantizará a los agentes u operadores del sector. Estas condiciones y libertades se refieren a tres temas críticos:

(1) La libertad de entrada o derecho de todo agente a ingresar al mercado bajo condiciones objetivas y no discriminatorias. El primer tema que debe quedar claramente cubierto por el marco legal, sin ambigüedades, es quienes tienen derecho a ingresar y operar en el mercado objeto de regulación por la ley en cuestión. Si el lineamiento básico asumido como marco para el sector es la atracción de la inversión privada para el desempeño de la función empresarial, concentrando las funciones del Estado en la fijación de las políticas y la regulación del mercado, la mejor práctica es que el marco legal establezca de manera explícita el derecho de todo interesado, nacional o extranjero, a ingresar al mercado, siempre que reúna un conjunto mínimo de condiciones técnicas establecidas por la ley, cuyo cumplimiento lo faculta a obtener una autorización, permiso o licencia otorgado por una entidad estatal profesional y técnica, bajo condiciones objetivas y no discriminatorias.

(2) El segundo tema crítico a ser atendido es el de la libertad de precios de la que gozaran los agentes debidamente autorizados que operen en el mercado, entendida como la libertad de los agentes de establecer los precios en las transacciones comerciales en las que participan. La mejor práctica en este sentido es hacer explícita en la ley esta libertad de precios, estableciendo por excepción y de manera clara y precisa, aquellos precios que estarán sujetos a regulación por parte de la autoridad regulatoria. Es decir, debe quedar claro el principio general, de acuerdo con el cual los agentes fijan sus precios en condiciones comerciales normales como en cualquier otra actividad comercial o industrial, a lo que debe sumarse los precios que, por las condiciones propias de monopolio natural u otras justificaciones del tipo que se establezcan, requerirán de la fijación de tarifas⁹. En este caso, el marco legal debe contemplar expresamente la identificación de la autoridad con potestad tarifaria, los principios que regirán y asegurarán una fijación tarifaria justa y razonable, el procedimiento por el que se regirá esta fijación y los mecanismos de impugnación o revisión efectiva de decisiones regulatorias arbitrarias, injustas o ilegales.

(3) El tercer tema crítico a ser tenido presente es el de la libertad de contratación o derecho de elegir libremente con quienes contratar del que gozaran los agentes autorizados a operar en el mercado. Esta es una libertad comercial típica y propia de cualquier actividad comercial o industrial común en un sistema de mercado. Se considera de buena práctica hacer explícito este principio, estableciendo, si los hubiera, las restricciones que sean propias del sector que se regula, de manera excepcional. Por ejemplo, en el sector eléctrico, solo puede contratarse energía eléctrica al por mayor bajo las reglas y condiciones establecidas para la operación del mercado de contratos administrado centralizadamente por la Unidad de Transacciones. Asimismo, la obligación de los distribuidores de contratar un porcentaje de su demanda máxima y hacerlo por medio de un procedimiento de licitación supervisado por SIGET. Lo importante aquí es tener presente la libertad de contratación como principio general y sobre

⁹ El caso particular de la introducción de un sistema de costos marginales en la regulación del mercado mayorista de electricidad es sin dudas un supuesto de restricción a la libertad de precios, aunque podría decirse de alcance más limitado o de menor intervención que la fijación directa de tarifas, ya que el sistema en cuestión busca fijar un mecanismo regulatorio por el cual se mimetizan condiciones de competencia efectiva en el funcionamiento del mercado.

esta base, evaluar de manera cuidadosa el impacto y la justificación para introducir restricciones o limitaciones al principio, siempre excepcionales.

4.2.2 Estructura de mercado y acceso a instalaciones esenciales

En mercados fuertemente concentrados y con presencia de actividades o segmentos con características de monopolio natural, los marcos legales deben contemplar normas expresas referidas a la estructura de mercado o ciertas condiciones estructurales mínimas que la ley busca preservar o aspirar a lograr. Bajo estructura de mercado y acceso a instalaciones esenciales se agrupan tres elementos:

(1) El establecimiento en la ley de una clara separación de actividades o segmentos en la cadena de valor de la industria a los fines de su título habilitante y regulación. Un buen marco regulatorio tiene que partir de un análisis pormenorizado de la cadena de valor de la industria que busca regular, del cual surjan condiciones regulatorias diferenciadas de acuerdo a la actividad desempeñada por los distintos agentes habilitados a operar. Como posiblemente solo puedan darse condiciones de competencia efectiva en determinados segmentos o actividades, es muy importante esta diferenciación, estableciendo las condiciones en que podrán desarrollarse las agentes en los segmentos más liberalizados, distintas de los segmentos que requerirán más regulación. El objetivo de la ley no debe ser visto como la introducción de mecanismos de control y regulación de actividades, sino más bien de mecanismos que hagan posible la introducción de competencia efectiva en determinados mercados o de marcos normativos que permitan mimetizar condiciones de competencia.

(2) La presencia de limitaciones legales a la concentración de mercado y a la participación de un mismo agente en distintos segmentos o actividades de la industria. Relacionado con el lineamiento anterior, deberá prestarse especial atención a las limitaciones legales que se decida introducir a la concentración de mercado o a la limitación de un mismo agente en distintas actividades o segmentos de la industria. Si bien la fijación de este tipo de limitaciones son muchas veces útiles y hasta indispensables, su determinación requiere de análisis cuidadosos de impacto, especialmente en mercados pequeños, en donde la escala de la actividad juega un rol central.

(3) El establecimiento de la obligación de dar acceso a terceros competidores en instalaciones calificadas como esenciales, de tal modo de promover la competencia y el acceso de múltiples agentes al mercado. Este es un aspecto muy sensible en la discusión de un marco regulatorio y se encuadra como una limitación severa al principio de libertad de contratación del que deben gozar los agentes. Por eso, su introducción (muchas veces clave para lograr competencia efectiva) requiere de estudios y análisis detallados. En este sentido, la Superintendencia de Competencia puede ser vista como un equipo experto en la protección y promoción de las condiciones de competencia de los distintos mercados y su expertise puede ser utilizado en la realización de evaluaciones de impacto regulatorio o de impacto de competitividad en la fase de elaboración de los marcos regulatorios, especialmente en el diseño de este tipo de mecanismos.

4.2.3 Mecanismos de seguimiento y monitoreo de mercado, supervisión y control de prácticas anticompetitivas y cláusulas de salvaguarda.

En tercer lugar, bajo monitoreo de mercado y prácticas anticompetitivas debe evaluarse la introducción de distintas herramientas de monitoreo del mercado, como la fijación de precios de referencia y el monitoreo de precios, como así también si se contemplan en la ley tipificaciones especiales de prácticas anticompetitivas, si dichas prácticas son supervisadas, y si se establecen cláusulas de salvaguarda ante situaciones de falta de competencia o competencia muy restringida. En este sentido, resulta central poner especial cuidado a la demarcación de roles y funciones con la Superintendencia de Competencia. Como se muestra en la sección 2.2 F de este informe, la SC se relaciona con los subsectores energéticos y sus autoridades sectoriales por medio de las siguientes funciones:

1. Estudios de mercado vs. programas de monitoreo continuo. En primer lugar, la SC realiza estudios de mercado de sectores que considera críticos para el funcionamiento de la economía del país y los analiza desde el punto de vista de sus condiciones de competitividad (arts. 4, 13 y 14). La realización de estos estudios requiere de la cooperación e intercambio de información con las autoridades sectoriales. Sin embargo, la SC no realiza funciones de monitoreo continuo de mercados, por estar fuera del alcance de sus funciones pero especialmente por exceder su capacidad operativa, que nunca podría cubrir un monitoreo continuo de todos los subsectores de la economía. Por lo que este es un espacio típicamente propio de los entes reguladores sectoriales.

2. Sanción de prácticas anticompetitivas. La SC es la autoridad que investiga y sanciona prácticas anticompetitivas y abusos de posición dominante en todos los mercados. Estas investigaciones de hechos y conductas particulares pueden originarse por iniciativa propia de la SC (especialmente a partir de los estudios de mercado sectoriales realizados) o por denuncias de terceros, entre las que se cuentan las realizadas por las autoridades regulatorias sectoriales. SIGET, por ejemplo, tiene obligación legal expresa de realizar estas denuncias (art. 5 e Ley SIGET). En esta función también puede requerirse la cooperación de las autoridades sectoriales en la provisión de información (art. 50 Ley Competencia) o incluso en la elaboración de dictámenes u opiniones técnicas en el curso de la investigación. Sin embargo, pueden existir casos en las que los marcos regulatorios sectoriales establecen infracciones que son casos particulares o especiales de prácticas anticompetitivas. Al momento de introducir una infracción especial de este tipo, debe ponerse especial atención a no estar produciendo una situación innecesaria de concurrencia y superposición de funciones. Las normas de este tipo deben ser consultadas con la SC al momento de elaboración de los anteproyectos.

3. Fallos regulatorios y conductas anómalas resultado de los estudios de mercado o los programas de monitoreo. Como resultado de estas investigaciones pueden surgir hallazgos de fallos regulatorios que originaron o contribuyeron a causar las prácticas y anomalías investigadas y por ello la SC podrá informar a los entes reguladores sectoriales a fin de que tomen las medidas correspondientes (art. 14 h Ley de Competencia). Estos hallazgos también podrían surgir de los estudios de mercado sectoriales, y dar lugar a recomendaciones de políticas públicas destinadas tanto a la autoridad política como a las autoridades regulatorias, e

incluir aspectos extra-regulatorios, como por ejemplo el sistema de subsidios (en cuanto distorsivos de las condiciones de competencia). A la inversa, de los programas de monitoreo de mercado sectorial realizados por los entes reguladores pueden surgir anomalías causadas por posibles prácticas anticompetitivas que den lugar a la denuncia de tales hechos y envío de la información a la SC para que evalúe si hay mérito suficiente para iniciar una investigación. En la preparación de los marcos regulatorios deberá prestarse especial atención a la presencia de este tipo de normas de cooperación y coordinación.

4. Concentraciones generales y sectoriales. Si bien la SC es la entidad que autoriza las concentraciones o fusiones de dos o más agentes de mercado cuando estas operaciones exceden un cierto umbral de escala económica establecido en la ley de competencia en 50.000 salarios mínimos de activos combinados resultantes, podría darse el caso de supuestos especiales concentraciones sometidas a autorización previa establecidos en un marco regulatorio sectorial. Al igual que en el caso de las prácticas anticompetitivas, en esta función también puede requerirse la cooperación de las autoridades sectoriales en la provisión de información o incluso en la elaboración de dictámenes u opiniones técnicas en el curso del proceso de autorización. En todo caso, este tipo de normas deben evaluarse al momento de elaboración evitando en lo posible la concurrencia de competencias innecesaria y en todo caso buscar establecer los mecanismos de coordinación y cooperación, previamente discutidos con la SC.